

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة العربي بن مهيدي - أم البواقي -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

النظام المالي للأسرة في قانون

الأسرة الجزائري

أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم

تخصص شؤون الأسرة

إشراف الأستاذ الدكتور:

مراد كاملي

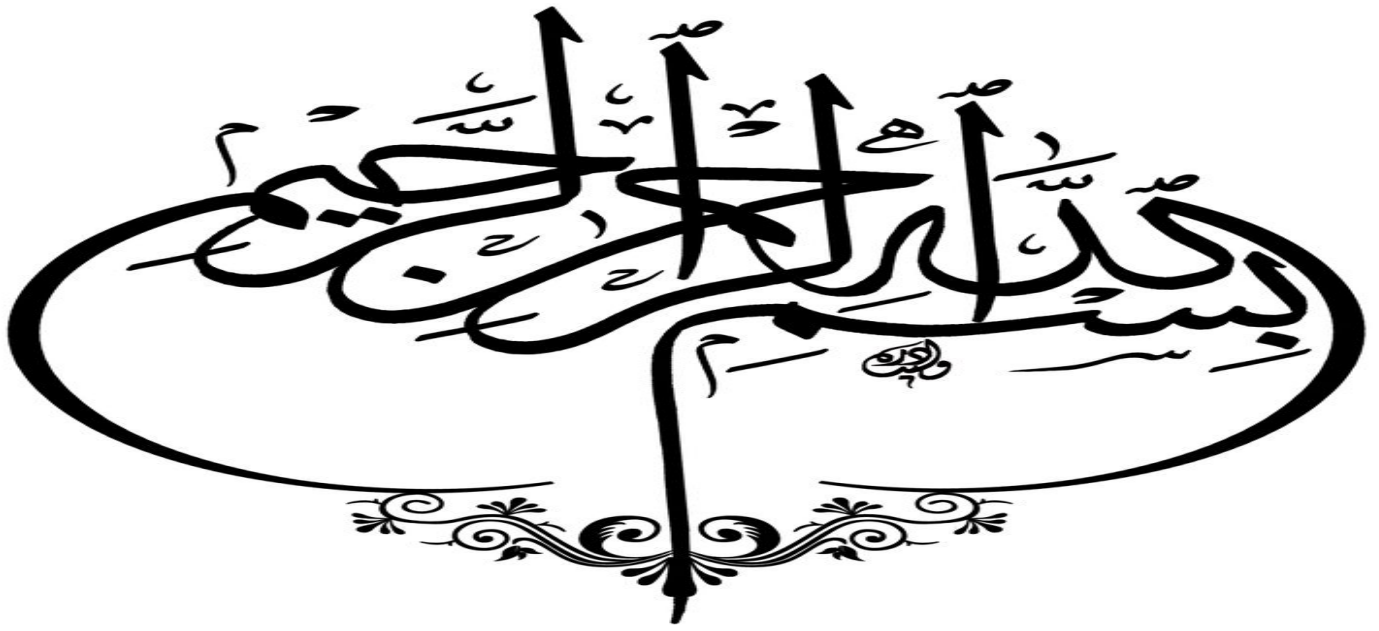
إعداد الطالب :

عادل عيساوي

أعضاء لجنة المناقشة

الصفة	الجامعة الأصلية	الرتبة العلمية	الإسم واللقب
رئيسا	جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي	أستاذ محاضر (أ)	محمد رضا التميمي
مشرفا ومقررا	جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل	أستاذ التعليم العالي	مراد كاملي
عضوا مناقشا	جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي	أستاذ التعليم العالي	روان محمد الصالح
عضوا مناقشا	جامعة محمد خيضر، بسكرة	أستاذ التعليم العالي	عبد الرؤوف دبابش
عضوا مناقشا	جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي	أستاذ محاضر (أ)	جغلول زغدود
عضوا مناقشا	جامعة عباس لغرور، خنشلة	أستاذ محاضر (أ)	عبد الكريم تافرونت

السنة الجامعية 2018 / 2019



﴿ وَلَا تَتَّبِعُوا مَا فَضَّلَ اللَّهُ بِهِ بَعْضُكُمْ عَلَى بَعْضٍ لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِمَّا
اَكْتَسَبُوا وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِمَّا اَكْتَسَبْنَ وَاسْأَلُوا اللَّهَ مِنْ فَضْلِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ
بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا ﴾ (1)

تشكرات

الحمد لله الذي بفضلہ تتمّ الصّالحات، والصّلاة والسّلام على رسول الله ﷺ.

شكرا لله الذي وفّقني لإنجاز هذا العمل المتواضع.

وأجزل الشّكر إلى الأستاذ الدّكتور: مراد كاملي الذي أشرف على توجيهه وتأطير هذا البحث.

فكان بحقّ نعم السّند لي على امتداد أطوار الأطروحة.

وحسنًا فعلت باختياره للإشراف على تأطيري، وأوجّه له الشّكر في قبوله لذلك.

فكانت ملاحظاته القيّمة تصبّ في إنتاج بحث علمي قوامه الدقّة والثراء.

وبالرّغم من مسؤولياته الأكاديمية والإدارية إلّا أنّه كان بحقّ مُعينا في أدقّ التفاصيل.

وأتوجّه بالشّكر الجزيل لأعضاء اللجنة الذين قبلوا مناقشة هذا البحث.

كما أشكر كلّ من ساهم من قريب أو من بعيد في مدّ يد العون لي لإنجاز هذا العمل.

إهداء

قال الله تعالى: ﴿يَا مَعْشَرَ الْجِنَّ وَالْإِنْسِ إِنِ اسْتَطَعْتُمْ أَنْ تَنْفُذُوا مِنْ أَقْطَارِ السَّمَوَاتِ
وَالْأَرْضِ فَانْفُذُوا لَا تَنْفُذُونَ إِلَّا بِسُلْطَانٍ﴾ (1).

باسم العليّ القدير أقدم بحثي هذا الذي هو ثمرة جهودي راجيا من الله تعالى أن يكون
مرجعا سليما لمن يريد الإطلاع بغرض التحصيل العلمي.
أهدي عملي هذا إلى: الوالدين العزيزين مُتمنيا لهما موفور الصّحة والعافية وطول العمر.
إلى الأسرة المصغّرة: الزّوجة الكريمة، وابنتي نور عيني شهد أنفال.
إلى أخواتي العزيزات وأزواجهنّ، راجيا من الله أن يحفظهنّ.
إلى كلّ الأصدقاء والزّملاء، ولكلّ من لم تصله الذّاكرة عفوا.

المقدّمة

1- التّعريف بالموضوع:

لما كانت الأسرة اللبنة الأساسيّة للمجتمع فقد أولت الشّريعة وكذا القانون أهمية بالغة لتنظيم أحكامها في جميع جوانبها، سيما المالية منها، على اعتبار أن المال عصب الحياة وقوامها، وهذا بُغية حماية الأسرة والحفاظ عليها وصونها من كلّ ما من شأنه أن يؤثّر عليها أو يهدّد استقرارها وتلاحم علاقات أفرادها، وبالتالي يؤثّر على المجتمع.

وتُعَدّ الأسرة كيانا وعلاقات تجمع بين أفراد ينضوون تحت نطاقها، وقد تتولّد جوانب مالية بينهم، وليس المقصود بها تأثير العلاقات الأسرية على المعاملات المالية، بل ما ينجم من جوانب مالية بسبب الانتماء إلى هذه الأسرة، ولذلك عُنيت هذه الجوانب المالية بمُعالجة تشريعيّة مثلتها العديد من القوانين، والتي يُعَدّ قانون الأسرة الجزائري أحدها من خلال اشتماله على مواد انصبت على تبين هذه الحقوق باختلاف صفة المعنيين بها.

من هذا المنطلق يتحدّد موضوع "النّظام المالي للأسرة في قانون الأسرة الجزائري" باعتباره دراسة قانونية مُستفيضة في الجوانب المالية لعلاقات أفراد الأسرة باختلاف مراكزهم القانونية: كونهم أعضاء منها، وعلى هذا الأساس فليست كلّ علاقة مالية بين أفراد الأسرة الواحدة تشكّل جزئية من النّظام المالي، بل إنّ الأمر ينسحب على ما يمكن أن يحظى به أفرادها كامتياز لهم دون غيرهم، وما ترتّب به هذه المنظومة المالية من آثار اجتماعية على المستوى الضيق الذي يخص الأسرة، والمستوى الواسع الذي يخص المجتمع ككلّ.

فتكون هذه الدّراسة على امتداد مواد قانون الأسرة الجزائري، دون إغفال للآراء الفقهية التي بنى عليها المشرّع اختياراته، في مراعاة منه للبعد الدّيني في صياغة هذا القانون، إعمالا لنصّ المادة 222 منه المُحيّلة على أحكام الشّريعة الإسلامية في حالة عدم وجود نصّ قانوني صريح، فضلا على مُعالجة القانون المدني باعتباره الشّريعة العامّة لبعض التّفاصيل التي لم يتضمّن قانون الأسرة، مع مُراعاة الجوانب الإجرائية في المطالبة بهذه الحقوق المالية في نطاق قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فضلا على رصد بعض العقوبات جزاء التعدي على ما نصّ عليه المشرّع بخصوص هذه الحقوق بموجب قانون العقوبات، وما يرتبط به من إجراءات جزائية.

2- أهمية الدّراسة:

لقد كانت ولا تزال عديد النّزاعات الأسرية تثور بسبب الأموال، وادّعاء كلّ طرف أحقيّته في نيل حقّه من هذه الأموال على اختلاف أنواعها، الأمر الذي هو سبب مباشر في تصدّع العلاقات الأسرية وتباعد أفرادها، باعتبارها الخليّة الأساسيّة لتكوين المجتمع، ومن ثمة تهاوي العلاقات الاجتماعية التي تحكم المجتمع.

وعلى هذا الأساس تُعتبر دراسة هذا الموضوع ذات أهمية بارزة على أساس أنّها دراسة في الآثار المالية لمختلف العلاقات التي تربط أفراد الأسرة الواحدة، وبحث في مدى حماية القانون لهذه الآثار من بعض

التّجاوزات الواردة، لاسيما ما يتعلّق بإدارة أموال القصر، ومُناقشة مدى توازن قانون الأسرة الجزائري في تقريره لهذه الحماية تمثّيا مع مختلف الفئات الأسرية، خاصة أنّ الأحرى بقانون الأسرة الجزائري هو حماية الأسرة من الانقسام، وعدم ترك المجال للنزاعات ذات الصّبغة المالية بين أفرادها سببا لشقّ صقّها.

3- إشكالية الدراسة:

يُعتبر قانون الأسرة الجزائري الوسيلة التّشريعية الأولى لضبط علاقات أفراد الأسرة، وتبيين التزامات وحقوق كل فرد بغية الحفاظ على المصالح المتبادلة بينهم على أساس المودّة والرّحمة، وبالتالي الحفاظ على كيان الأسرة وتماسكه وتوازنه، بهدف خلق مجتمع مُتضامن، ودرء كلّ ما من شأنه أن يضرب استقرار العلاقات الاجتماعية.

وقد كانت الجوانب المالية للعلاقات الأسرية في صلب اهتمامات قانون الأسرة الجزائري اقتداء بالشّريعة الإسلامية، إقرارا منهما بقيمتها وأهميتها في توثيق العلاقات الأسرية أو هدمها.

من هذا المنطلق يُطرح التّساؤل حول مدى خدمة هذه الجوانب المالية المُعبّر عنها بالنظام المالي للأسرة للهدف الأسمى، وهو الحفاظ على كيان الأسرة وتماسك العلائق الأسرية، على اعتبار أنّ أحكام النّظام المالي هي وسائل لتحقيق الغاية، فتكون سليمة وفعالة بقدر تحقيقها للغاية، وتكون معيبة وقاصرة بقدر قصورها عن ذلك.

ويمكن صياغة التّساؤل الرّئيس لإشكالية هذه الدراسة على النّحو التالي: ما مدى كفاية وفعالية أحكام النّظام المالي للأسرة في المحافظة على النّظام الأسري والعلاقات الأسرية وأداء الأدوار المنوطة به في إطار مواد قانون الأسرة الجزائري؟

وتترتب عن هذه السّؤال الأساسي تساؤلات ثانوية على النّحو الآتي:

أ- هل كانت المواد التي عنت بتنظيم آثار العدول عن الخطبة عادلة وذات بعد اجتماعي في الحفاظ على حقوق الطّرفين وأهلهم؟

ب- ما مدى تحقيق نصوص قانون الأسرة المتعلقة بالنظام المالي للزّوجين للاستقرار بين الزّوجين خلال الحياة الزّوجية، لا سيما إذا شاب حياتهما الخاصّة مشكل مالي؟

ج- هل كانت النّصوص المتعلّقة بالأموال عند حلّ الرّابطة الزّوجية عادلة وكفيلة بالمحافظة على التّواصل بين المتفارقين وأسرهم، وهل راعت انعكاس ذلك على الأولاد؟

د- هل حقّقت المعالجة التّشريعية لقانون الأسرة الجزائري للمسائل المالية صون الحقوق بسبب القرابة بين الفروع والأصول والعكس، وضمان وحدة الأسرة في حال المساس بها.

هـ- هل يُعدّ تقييد المشرع لتصرّفات الأقارب في الأموال ناجعا في نهم عن تبديد مال الأسرة، وما الضّوابط المؤدّية للحفاظ على التّثام الأسرة بعد ذلك؟

4- أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة بالأساس إلى وضع نظرية جامعة من شأنها الإحاطة بالنظام المالي للعلاقات الأسرية في إطار قانون الأسرة الجزائري أيا كانت مراكز الأفراد؛ رجالا (آباء، أجداد، أبناء، إخوة...)، ونساء (أمهات، جدّات، بنات، أخوات...)، وفق العلاقات التي تربط بعضهم ببعض كالقربة والزّوجية والآثار المترتبة عن ذلك كانهلال الرّابطة الزّوجية والوفاء، وما يستتبع ذلك من آثار مالية يُعنى بها كلّ مُستحقّ لها وفق أحكام الشّرع والقانون، بغية تحقيق أكبر هامش من العدالة والحفاظ على تماسك الأسرة، ويمكن حوصلة أهمّ الأهداف هذا البحث في النّقاط التالية :

أ- وضع معالم ثابتة يتمّ من خلالها طرح امتدادات النظام المالي للأسرة، عبر تبين الحقّ المالي لكلّ فرد من أفرادها بوجود العلاقة السببية التي تربطه بالأسرة، والموجبة لهذا الحقّ من خلال النصوص القانونية في قانون الأسرة الجزائري، وارتباطات ذلك بالمنظومة التشريعية الجزائرية.

ب - دراسة الآثار الاجتماعية التي قد تكون نتاجا لتطبيقات النظام المالي للأسرة، وإمكانية اقتراح البدائل في المواطن التي شأها القصور التشريعي من خلال قانون الأسرة الجزائري، على أن تكون البدائل منطقية ومتوافقة مع البعد الديني وفقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري.

ج - الوقوف على التناقضات الموجودة داخل المنظومة القانونية الجزائرية، من خلال تنظيمها للأطر المالية للعلاقات الأسرية من التّاحيتين الموضوعية والإجرائية، من خلال قانون الأسرة، القانون المدني، قانون الإجراءات المدنية والإدارية وقانون العقوبات.

5- أسباب اختيار الموضوع :

يمكن تقسيم أسباب اختيار هذا الموضوع إلى أسباب ذاتية وأسباب موضوعية. فالأسباب الدّاتية الشخصية تتمثّل في ميلي الشّخصي لطرق المواضيع ذات الصبغة المالية في قانون الأسرة الجزائري وتبين كلّ الدّقائيق المُحيطة بها، وتبين مختلف الآراء الواردة بهذا الخصوص. وأمّا الأسباب الموضوعية فيمكن حوصلتها على النّحو التالي:

أ - مدى ضهور النصوص التشريعية المالية، لاسيما في قانون الأسرة الجزائري، وظهور مدى شخّ المادة القانونية في معالجة المنازعات المالية الأسرية، وعدم تحيينها مع الواقع المتسارع النّمو، والاعتماد على الإحالة إلى أحكام الشريعة الإسلامية وظهور مدى صعوبة التّرجيح الفقهي.

ب - التّوسع التشريعي الممنوح للقضاة في استعمال السّلطة التّقديرية، وتقرير التّبعات المالية للعلاقات الأسرية، وإمكانية نشوء التعسّف جزاء عدم وضوح وصراحة النصوص القانونية.

ج - ظهور المفارقة الموجودة في المنظومة التشريعية الجزائرية المنبئية حول صلاية بعض النصوص القانونية لردع التعدي على الأموال سيما المتعلقة بأفراد الأسرة من جهة كتبيين سلطات الولي والوصي في إدارة أموال القاصر، ومن جهة أخرى إطلاقها أو عدم معالجتها للبعض الآخر من هذه الحالات.

د- دراسة تداعيات المنازعات المالية للأسرة حول وحدتها وعدم انشطارها اجتماعيا، والعمل بحرص على التخفيف من الأضرار المترتبة جزاء تطبيق نصوص التشريع فيما يتعلق بالمخالفات المالية الأسرية.

6- المنهج المعتمد:

ينصبّ البحث على إظهار امتدادات النظام المالي للأسرة على ضوء قانون الأسرة الجزائري، وعلى هذا الأساس فالمنهج العلمي المتبع سيكون المنهج الاستقرائي مع إعمال آليات المنهج التحليلي.

فالمنهج الاستقرائي يتجسّد في البحث عن الأحكام الجزئية للاستحقاقات المالية لكل فرد من أفراد الأسرة ذكرا كان أم أنثى كالحق في المهر، النفقة والميراث، وبالتالي الانتقال من الجزئيات والوصول إلى الكليات.

فمثلا بالتطرّق للجوانب المالية لأفراد الأسرة هنالك بعض الجوانب المالية التي يشترك فيها الرجل والمرأة كالحق في الميراث، وبعض الجوانب الأخرى التي تنفرد بها المرأة كالتعويض عن الطلاق التعسفي ونفقة العدة، وانفراد الرجل في بعض المواضع كاستحقاقه لبدل الخلع، بمعنى أنّه سوف يتم التدقيق في كلّ أثر مالي على حدا وبعدها تعميم النتائج، وبالتالي الانتقال من الخاص إلى العام.

كما أنّ هذا الموضوع يقتضي أيضا إعمال آليات المنهج التحليلي، من خلال الخوض في كلّ ماله علاقة بالجانب المالي لكل فرد من الأسرة، واستعراض ذلك بالتحليل والتفريع اللازم وبيان المصدر مع الإحالة إلى الفقه الإسلامي، ليس من باب المقارنة بين الفقه والقانون، بل بهدف استنباط منى المشرع الجزائري في تبنيّه لرأيه، وإسقاطات هذه الآثار المالية وتأثيرها على مدى وحدة الأسرة ومن ثمة المجتمع، دون إغفال لبعض النصوص التشريعية المقارنة بالاعتماد على بعض النصوص الغربية كالفرنسية والسويسرية، والنصوص العربية كالمغربية والتونسية، خاصّة في مواطن القصور من خلال إبداء بعض التعليقات والملاحظات والاقتراحات لإثراء البحث.

7- الدراسات السابقة :

في إطار البحث عن دراسات سابقة في هذا الموضوع بالذات، وبحسب الاطلاع هناك بعض العناوين التي ترتبط جزئيا بالموضوع قيد الدراسة، غير أنّها تشكّل جزءا منه فقط، وهي على التفصيل التالي:

أ- النظام المالي للزّوجين في التشريع الجزائري، وهي أطروحة دكتوراه من إعداد الطالب: رشيد مسعودي، تحت إشراف الدكتورة: هجيرة دنوني، سنة 2006، كلية الحقوق، جامعة أوبكر بلقايد، تلمسان؛ فكانت في فصلين، تضمّن الفصل الأول تقرير مبدأ الفصل بين أموال الزّوجين وتمّ التركيز من خلاله على الأموال

الخاصة بالزوجة ومدى حريتها في التصرف فيها، بينما عالج الفصل الثاني مظاهر الاشتراك المالي بين الزوجين مُبرزاً المقارنة التشريعية بين التشريع الجزائري والفرنسي، ومعالجة اختلاط أموال الزوجين في التشريع الجزائري، فكانت الدراسة مُشملة على النظام المالي للزوجين دون الامتداد إلى تفاصيل أخرى.

ب- حقوق الطفل المدنية في القانون الجزائري، وهي أطروحة دكتوراه من إعداد الطالبة: خيرة العرابي، تحت إشراف الأستاذ: عبد اللطيف فاصلة، سنة 2013، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران؛ وجاءت في بابين تمّ من خلالها تبين حقوق الطفل إزاء أسرته، وكذا حقوقه تجاه دولته، وما يمثّل ذلك من امتدادات ذات طابع مالي باستعراض حقوقه المالية، وما يضبطها من معايير، فضلا على ضرورة صونه من الإهمال الأسري بحضائنه وإرضاعه، وخضوعه لعناية أُسرّة يُعدّ المال أحد أهم جوانبها، فكانت الأطروحة مُستفيضة في طرح الحقوق الخاصة بالطفل، وعدم تفصيلها في التفاصيل الخاصة بالرقابة على أمواله حماية لمصلحته، بل كانت شاملة لكلّ حقوقه المدنية.

ج- إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة، وهي أطروحة دكتوراه من إعداد الطالب: دليّة آيت شاوش، تحت إشراف الدكتور: محمد جعفرور، سنة 2014، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو؛ وجاءت في بابين مبينة طرق فكّ الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، من خلال التّطليق بسبب العيب، وعدم الإنفاق، وبسبب بُعد الزوجة عن زوجها، وكذا الخلع، والإشارة إلى الآثار المالية لذلك من حيث طلب التعويض وبديل الخلع.

د- نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري، وهي أطروحة دكتوراه من إعداد الطالبة: أسعد فاطمة، تحت إشراف الدكتور: محمد جعفرور، سنة 2015، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو؛ وكانت الدراسة في بابين مُعالجة حُكم العقد الموقوف وآثاره قبل ورود الإجازة عليه وبعدها، والمُفارقة الموجودة بين قانون الأسرة والقانون المدني الجزائري، فضلا على تطبيقات العقد الموقوف من حيث دور التائب في هذا النوع من العقود، فبالرغم من أنّ الموضوع ينتهي إلى طائفة مواضع القانون المدني، إلّا أنّ له ارتباطا قويا بقانون الأسرة وعلاقة النيابة الشرعية به.

من خلال هذه العناوين يتّضح أنّها تمثّل جزءا من كلّ، بمعنى أنّها تطرقت لجزيئات من الموضوع المطروح للبحث؛ فعنيت هذه الدراسات بجوانب مالية، ولم تشمل جميع مُشمّلات النظام المالي للأسرة، وأثر العلاقات الأسرية بالمال وكيفية تنظيمه والنصوص المعالجة له، فضلا على الجوانب الإجرائية للمطالبة بهذه الحقوق على اختلاف الروابط الأسرية بين الأفراد، وهو ما يؤكّد جدّة الموضوع وجديته.

8- الخطة المعتمدة:

مقدمة

الباب الأول: النظام المالي للأسرة المتعلق بالرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري.
 الفصل الأول: النظام المالي للأسرة المترتب عن العدول عن الخطبة وقيام الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري.

المبحث الأول: الأحكام المالية المترتبة عن العدول عن الخطبة في قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الأول: مصير الهدايا والتعويض بسبب العدول عن الخطبة.

المطلب الثاني: مصير المال المقدم على اعتبار أنه مهر في حال العدول.

المبحث الثاني: الأحكام المالية الخاصة بالزوجة في قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الأول: حق الزوجة في الصداق.

المطلب الثاني: حق الزوجة في النفقة الزوجية.

المبحث الثالث: الأحكام المالية الشاملة للزوجين في قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الأول: الذمة المالية للزوجين.

المطلب الثاني: التوارث بين الزوجين.

الفصل الثاني: النظام المالي للأسرة المترتب عن انحلال الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري.

المبحث الأول: الأحكام المالية لانحلال الرابطة الزوجية الخاصة بالمطلقة في قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الأول: استحقاق التعويض عن الطلاق التعسفي ونفقة المتعة وبدل إيجار سكن الحضانة.

المطلب الثاني: استحقاق نفقة العدة ونفقة الإهمال.

المبحث الثاني: الأحكام المالية لانحلال الرابطة الزوجية الخاصة بالمطلق في قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الأول: استحقاق المطلق التعويض جراء الطلاق المبرر.

المطلب الثاني: استحقاق المطلق بدل الخلع.

المبحث الثالث: الأحكام المالية لانحلال الرابطة الزوجية المشتركة بين الطليقين في قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الأول: استحقاق متاع بيت الزوجية.

المطلب الثاني: التوارث بين الطليقين.

الباب الثاني: النظام المالي للأسرة المتعلق بالقرابة في قانون الأسرة الجزائري.

الفصل الأول: نفقة وميراث الأقارب في قانون الأسرة الجزائري.

المبحث الأول: ثبوت الحق في نفقة الأقارب بموجب قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الأول: القرابة سبب لاستحقاق نفقة الأقارب.

المطلب الثاني: أحوال نفقة الأقارب ومُسقطاتها.

المبحث الثاني: ثبوت الميراث للأقارب في قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الأول: أثر القرابة على الميراث.

المطلب الثاني: الأحوال الميراثية للأقارب.

المبحث الثالث: الجوانب الإجرائية في مطالبة الأقارب بحقهم في النفقة والميراث.

المطلب الأول: الجوانب الإجرائية في مطالبة الأقارب بحقهم في النفقة.

المطلب الثاني: الجوانب الإجرائية في مطالبة الأقارب بحقهم في الميراث.

الفصل الثاني: تقييد التصرف في الأموال بسبب القرابة في قانون الأسرة الجزائري.

المبحث الأول: تقييد التبرعات بسبب القرابة في قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الأول: تقييد التصرف في الوصية.

المطلب الثاني: تقييد التصرف في إبرام الهبة والوقف.

المبحث الثاني: دور النيابة الشرعية في تقييد التصرفات المالية في قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الأول: دور الولي في إدارة وحماية أموال القاصر.

المطلب الثاني: دور الوصي في إدارة وحماية أموال القاصر.

المبحث الثالث: أعمال الحجر من الأقارب لتقييد التصرفات المالية في قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الأول: ماهية الحجر.

المطلب الثاني: إجراءات طلب توقيع الحجر وآثاره.

الخاتمة.

9- مبررات التقسيم:

إنّ التناول البحثي لهذا الموضوع يقتضي وضع خطة توازنية إجمالية، من شأنها الإلمام بكل عناصر هذا البحث من حيث تنظيم النّظام المالي الأسري على ضوء قانون الأسرة الجزائري، ومن هذا المنطلق تمّ تقسيم البحث إلى بابين، وتمّ ذلك بمراعاة العلاقات التي تنبني عليها الأسرة وهي الزوجية والقرابة.

فالباب الأول مخصّص للنّظام المالي للأسرة المتعلّق بالرّابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري.

وبالباب الثاني مخصّص للنّظام المالي للأسرة المتعلّق بالقرابة والتصرفات المالية في قانون الأسرة الجزائري.

وقد تم تقسيم كل باب إلى فصلين وتقسيم كل فصل إلى ثلاثة مباحث، وكل مبحث إلى مطلبين.

وقد قسمت الباب الأول إلى فصلين، أفردت الفصل الأول للنّظام المالي المترتّب عن قيام الرّابطة الزوجية، وأضفت له أحكام الخطبة على اعتبار أنها تمهيد لها، وهذا الفصل مقسّم إلى ثلاثة مباحث؛ المبحث الأول يتضمّن: الأحكام المالية المترتبة عن العدول عن الخطبة في قانون الأسرة الجزائري، أمّا المبحث الثاني فهو موسوم بعنوان: الأحكام المالية الخاصّة بالزّوجة في قانون الأسرة الجزائري، أمّا المبحث الثالث فيتضمّن

الأحكام المالية الشاملة للزوجين.

أما الفصل الثاني، فتعرضت فيه لمناقشة النظام المالي للأسرة المترتب على انحلال الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري، وجعلته في ثلاثة مباحث، مقسمة بحسب الاستحقاقات التي يأخذها كل طرف لوحده وما يأخذانه بصفة مشتركة، فيشمل المبحث الأول الأحكام المالية لانحلال الرابطة الزوجية الخاصة بالمطلقة، ويهتم المبحث الثاني بالأحكام المالية لانحلال الرابطة الزوجية الخاصة بالمطلق في قانون الأسرة الجزائري، وأما المبحث الثالث فيشمل الأحكام المالية لانحلال الرابطة الزوجية المشتركة بين الطليقين في قانون الأسرة الجزائري.

أما الباب الثاني المخصص للنظام المالي للأسرة المتعلق بالقرابة في قانون الأسرة الجزائري، فقد جعلته بدوره في فصلين؛ ضمنت الفصل الأول نفقة وميراث الأقارب في قانون الأسرة الجزائري، وهو في ثلاثة مباحث، يهتم المبحث الأول ببحث حق الأقارب في النفقة، أما المبحث الثاني فيشمل الحق المالي الثاني الذي يثبت للأقارب ممثلاً في الميراث، أما المبحث الثالث فهو إجرائي بحت، باشماله على الجوانب الإجرائية في مطالبة الأقارب بحقوقهم في النفقة والميراث.

أما الفصل الثاني فهو يُعنى بتقييد التصرف في الأموال بسبب القرابة في قانون الأسرة الجزائري، وهو مُقسّم إلى ثلاثة مباحث، فيشمل المبحث الأول تقييد التبرعات بسبب القرابة في قانون الأسرة الجزائري، أما المبحث الثاني فيمثل وسيلة رقابة أخرى من خلال إبراز دور النيابة الشرعية في تقييد التصرفات المالية في قانون الأسرة الجزائري، وأما المبحث الثالث فيعالج أعمال الحجر من الأقارب لتقييد التصرفات المالية في قانون الأسرة الجزائري.

وقد أنهيت البحث بخاتمة تضمنتها أهم النتائج والتوصيات التي توصلت إليها من خلال طريقي لهذا الموضوع .

الباب الأول

النظام المالي للأسرة المتعلق بالرابطة الزوجية

في قانون الأسرة الجزائري.

يحتوي هذا الباب على فصلين:

الفصل الأول: النظام المالي للأسرة المترتب عن العدول عن الخطبة وقيام الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري.

الفصل الثاني: النظام المالي للأسرة المترتب عن انحلال الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري.

تُعتبر الأسرة اللبنة الأساسية التي ينبني عليها المجتمع، وهي مُكوّنة من أفراد تجمع بينهم علاقات قوامها المودة والرحمة بعيدا عن الشّحناء والتّنافر، ويترتّب على الانتماء إلى الأسرة علائق مالية وأخرى غير مالية بين أفرادها نظّمها الشّرع والتّشريع.

فكانت العلاقات الأسرية بين أفراد الأسرة الواحدة سبيلا لاستحقاق بعض المزايا، ولا سيما من خلال الارتباط الشّرعي بين الرّجل والمرأة في نطاق الزّواج الذي يعتبر مُنشئا للعديد من الحقوق بين أفراد الأسرة النووية، وانعكاسات ذلك على الأسر في نطاق القرابة، وترجمة ذلك إلى مسائل مالية تمثّل أجزاء من النّظام المالي للأسرة.

فالنّظام في اللّغة من نظم، باللغة الفرنسية (Régime)⁽¹⁾، وبالانجليزية (Regulation)⁽²⁾، والنّظم هو التّأليف، وضُمّ شيء إلى شيء آخر، والنّظام كل خيط يُنظم به لؤلؤ ونحوه⁽³⁾، ويقصد به أيضا التّرتيب والاتّساق، ويقال نظام الأمر، قوامه وعماده⁽⁴⁾، وهو على نظام واحد أي نهج غير مختلف⁽⁵⁾.

أمّا من النّاحية الاصطلاحية ولا سيما الاقتصادية منها فهو جملة من العناصر والعلاقات، فالعناصر هي الأجزاء المكوّنة لهذا النّظام، أمّا العلاقات فهي روابط تلك العناصر، فهو يتكوّن من عناصر مالية تربطها علاقات مالية خاصّة بتكوين واستخدام الموارد المالية⁽⁶⁾، من خلال هذا التعريف يتّضح أنّ النّظام المالي للأسرة يهدف إلى صون الحقوق، ويتكوّن من مجموعة قواعد تنظيمية قوامها القانون وتمثّل عناصره، أمّا العلاقات فهي ما ينشأ بين هذه القواعد من أحكام ضابطة لمختلف العلاقات الأسرية التي تتجسّد بمظاهر مالية تستدعي الحرص على حمايتها.

من هذا المنطلق يمكن القول أنّ النّظام المالي للأسرة هو مجموع الأحكام الماليّة المرتبطة بهذه الرّوابط والعلاقات الأسرية، مع الأخذ بعين الاعتبار أنّه ليست كلّ علاقة مالية بين أفراد الأسرة تعدّ جزءا من هذا النّظام، فقد تحدث مُعاملات بين أفراد الأسرة الواحدة ولا يمكن أن تخضع لفكرة النّظام المالي للأسرة، ومثال ذلك البيع أو الإيجار أو غيرها من العقود التي تتمّ بين الأزواج والأقارب، فبالرّغم من تمامها بين أفراد الأسرة إلّا أنّها لا تشكّل جزءا من نظام الأسرة المالي، على أساس أنّ الأخير يُعنى بدراسة الاستحقاقات المالية للعلاقات الأسرية بمناسبة انتماء الأفراد لها.

ويختصّ هذا النّظام بعددٍ من الخصائص، لعلّ أهمّها أنّه حصريّا يشمل قواعد تطبّق على أفراد الأسرة بسبب رابطة الزوجية والقرابة دون امتداده للمصاهرة، وغيرها من العلاقات الاجتماعيّة الأخرى، فضلا على

(1) شوقي ضيف. معجم القانون. مجمع اللغة العربية الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية، القاهرة، مصر، 1999. ص 201.

(2) محمد رواس قلعة جي: حامد صادق قنبي. معجم لغة الفقهاء. دار النفائس، بيروت لبنان، ط 1. 1985. ص 482.

(3) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي. القاموس المحيط. دار الحديث، القاهرة، مصر، تحقيق: أنس محمد الشامي و زكريّا جابر أحمد، 2008. ص 1624.

(4) إبراهيم مصطفى وآخرون. المعجم الوسيط. مجمع اللّغة العربية، بيروت، لبنان، ط 2، 1997. ص 933.

(5) أحمد بن محمد بن علي الفيومي. المصباح المنير. دار الفكر. بيروت، لبنان، ط 1. 1985. ص 234.

(6) أشواق بن قدور. تطوّر النّظام المالي والنّمو الاقتصادي. دار الرّاية للنّشر والتّوزيع، عمّان، الأردن، ط 1، 2013. ص 32 و 33.

أنّه لا يترتب استحقاقات مالية متساوية بين أفراد الأسرة، وإنّما تكون بحسب اعتبارات معيّنة من بينها الصّفة والجنس.

بالإضافة إلى أنّ النّظام المالي للأسرة يتيح لأفرادها تقييد التصرفات المالية للأفراد المنضوين تحتها وفق أطر معيّنة، لا سيما إذا ثبت قصور الشّخص الذي يؤدّ التصرف وما يمكن أن يسبّبه من ضرر له ولغيره. كما أنّ النّظام المالي للأسرة يتضمّن أحكاما مُستمدّة من الشّرع والقانون، تهدف بالأساس إلى تقرير الحقوق المالية لأفراد الأسرة وحمايتهم تحت طائلة العقوبة، وفق آليات محدّدة بمقتضاها يستطيع الطّرف الذي يدّعي حقّا معيّنا أن يطالب به أمام الجهات القضائية، في صورة استعصاء الحلول الودية، وهو ما من شأنه أن يؤثّر على الجوانب الإنسانية للأسرة الواحدة، وانعكاس ذلك طبعا على المجتمع، ولكن ذلك يبقى مطلوبا لردع من يستولي على الحقوق تحت غطاء العلاقات المُجاملاتية التي يقتضيها انتماءه إلى الأسرة.

إنّ العلاقة الزوجية ليست أنية الوجود بل هي نتاج لمراحل زمنية تسبقها، والمقصود بذلك هو وجود مقدّمات لها تتجلى في الخطبة، وبالرّغم من أنّها لا تعدّ جزءا من الرّابطة الزوجية التي تبدأ في حقيقة الأمر بالعقد، إلّا أنّ ذلك لا يمنع من إدراجها في هذا الجانب، لاشتغالها على آثار مالية في حال العدول عنها وعدم إكمال الهدف الرئيس وهو الزّواج، وتظهر الآثار المالية من خلال مصير الهدايا والتّعويض عن الضّرر اللاحق بالطّرف المتضرّر، ومصير المال المدفوع للمخطوبة على أساس أنّه صدّاق يهدف التّجهّز للزّفاف، على أنّ الخطبة قد تكّلت باستكمال الهدف المرجو منها والوصول إلى الزّواج، وعنه يظهر نظام مالي للفاعلين في إنشائه والمقصود الزّوجة والزّوج؛ فيثبت للزّوجة المهر والنّفقة الزوجية كحقّ صرف لها وحدها، كما ويثبت لهما معا حقوق مشتركة وعلى قدم المساواة كالذّمة المالية بينهما، وأيضا الحقّ في التّوارث متى حدثت الوفاة أثناء الحياة الزوجية.

وقد تصل العلاقة الزوجية إلى اللاتّفاهم وتنتهي إلى الطّلاق، وتترتب عنه كذلك آثار مالية تستحقّ المطلقة جزءا منها كحقّ ثابت ومستقلّ لها بصفة منفردة، كالحقّ في التّعويض عن الطّلاق التعسّفي، ونفقة المتعة وكذا الحقّ في نفقة العدة، فضلا على بدل إيجارالسكن المعدّ للحضانة، وبالمقابل يستحقّ المطلّق التّعويض عن الطّلاق بمناسبة إعماله وفق دوافع مبرّرة، وكذا استحقاقه لبدل الخلع، كما وتثبت تبعات مالية مشتركة للمطلّقين كما هو الشّأن فيما يخصّ متاع بيت الزوجية والإرث بينهما وفق نطاق محدّد.

إنّ كلّ هذه الجزئيات يجب أن تخضع للتّحليل والتّدقيق في إطار هذا الباب الأول، الذي سيكون مقسّما إلى فصلين بحسب تطوّر العلاقة بين الزوجين من حيث الزّواج ثمّ الطّلاق والتّبعات المالية للنّظام الأسري، وعلى هذا الأساس سيكون تقسيمه على النّحو التالي:

الفصل الأول: النّظام المالي للأسرة المترتب عن العدول عن الخطبة وقيام الرّابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري.

الفصل الثاني: النّظام المالي للأسرة المترتب عن انحلال الرّابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري.

يُعدّ الزواج الطّريقة الشّرعية والقانونية للحفاظ على النّشء وتواصل الأجيال، وعلى هذا الأساس فقد أُحيط بقُدسية بالغة بموجب النّصوص الشّرعية والوضعية، الأمر الذي جعل المشرّع الجزائري يُفرد له نصوصا قانونية مهمّة تعكس مدى الأهمية البالغة التي يشغلها بموجب قانون الأسرة؛ بدءا من التّمهيد له عن طريق الخطبة وصولا إلى طريقة إبرامه وشروط ذلك والآثار المالية وغير المالية التي تنبثق عنه.

تُعدّ الخطبة كيانا مستقلاّ عن الزواج باعتبارها مرحلة انتقالية يُقدم عليها طرفا العلاقة الزوجية المستقبلية، وبالرغم من أنّها لا تمثّل في الحقيقة أيّ إلزام لطرفها ولا يمكن اعتبارها من بين جزئيات العلاقة الزوجية، فإنّ ذلك لا يمنع من ترتيبها آثارا عالجاها قانون الأسرة، فالتّمهيد للزواج بواسطة الخطبة ضرورة ملحّة يقتضيهما الوضع الإنساني بين طرفي العلاقة الزوجية المستقبلية، من حيث التعرّف الحقيقي لكلّ واحد على الآخر في الإطار الشّرعي، الأمر الذي قد ينقضي ولا تستمر العلاقة، ويتربّب على هذا الأساس تبعات مالية تتجلى في مصير الهدايا المُقدّمة بهذه المناسبة، وأيضا التّعويض عن الضّرر الناشئ جرّاء العدول عنها، فضلا عن مصير المال المدفوع من قبل الخاطب للمخطوبة واعتباره صداقا، بغية التّحضير للزّفاف، واقتناء اللّوازم لذلك.

بانعقاد الزواج تترتب آثار مالية هي بحقّ نظام مالي للفاعلين في الأسرة، والمقصود بذلك الزّوجة والزّوج، فيظهر الحقّ المالي لها في الصّدق والنّفقة الزوجية كحقّين خالصين تنفرد بهما دون سواها، كما ويظهر حقّان ماليان للزّوجين ممثّلين في الذمّة المالية لهما وتورائهما من بعضهما البعض. من هذا المنطلق سوف يهتم هذا الفصل الأول بالنّظام المالي للأسرة في إطار الخطبة والزّوجية وسيكون وفقا للتقسيم التالي:

المبحث الأول: الأحكام المالية المترتبة عن العدول عن الخطبة في قانون الأسرة الجزائري.

المبحث الثاني: الأحكام المالية الخاصّة بالزّوجة في قانون الأسرة الجزائري.

المبحث الثالث: الأحكام المالية الشّاملة للزّوجين في قانون الأسرة الجزائري.

المبحث الأول: الأحكام المالية المترتبة عن العدول عن الخطبة في قانون الأسرة الجزائري.

يعتبر عقد الزواج متميّزا عن باقي العقود الأخرى، ولذلك حُصّ بأفضلية شرعية وتشريعية جعلته يحظى في الحقيقة بخاصية بقائه مُنفردا حتى في أدنى الدّقائيق الخاصّة به، على اعتباره أنّه سيشكّل بداية الحياة الزوجية، الأمر الذي يعني بداية بناء المجتمع، ومن أهمّ تجلّيات تميّز عقد الزواج عن باقي العقود الأخرى هو التّمهيد له بمرحلة تسبق إنشاءه، عن طريق الخطبة⁽¹⁾ والتي هي: "طلب التزوّج"⁽²⁾، وأولاها المشرّع الجزائري

(1) الخطبة في اللّغة الفرنسية (Les Fiançailles)، وفي الانجليزية (The Fiance)، (أنظر: شوقي ضيف، معجم القانون، ص 184؛ محمد رواس قلعة جي: حامد صادق قنيبي؛ معجم لغة الفقهاء، ص 193).

(2) ابن عابدين . حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبوحنيفة . دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 2000 . ج 3 ص 8.

أهمية في خضم قانون الأسرة، من حيث تعريفها، ومعالجة تفاصيلها في صورة ما حدث العدول عنها، فعرفها في سياق المادة الخامسة على أنها: "وعد بالزواج"⁽¹⁾.

فالهدف منها منح الفرصة للمقبلين على الزواج للتعرف أكثر في نطاق شرعي، بكل روية ومشاورة للذات، لأن ما هو آتٍ أسى من أن يسوى مع باقي العقود الأخرى، من أجل ذلك وخلال الخطبة قد يحدث أن يتبادل طرفاها الهدايا بغية الدفع بها إلى الأمام وتحقيق الهدف المراد منها وهو إبرام الميثاق الغليظ، ولكن قد لا تكتمل هذه الصورة، ويتم العدول والإنفصال وظهور فكرة المطالبة برد واسترداد الهدايا المقدمة وما يثار من إشكالات، وفي نفس الاتجاه وبمناسبة العدول عن الخطبة قد تتولد أضرار مادية ومعنوية وإمكانية التّعويض عنها، فضلا على إمكانية تقديم مالٍ من قبل الخاطب للمخطوبة قبل إبرام عقد الزواج على أساس أنه صدق بغية التجهز، وظهور إشكالات استرداده بسبب العدول، فعلى هذا الأساس ستتم معالجة النظام المالي المتعلق بالعدول عن الخطبة من خلال إبراز أهم الآثار المالية الناشئة عن العدول بتقسيم هذا المبحث الأول على النحو التالي:

المطلب الأول : مصير الهدايا والتعويض بسبب العدول عن الخطبة.

المطلب الثالث: مصير المال المقدم على اعتبار أنه مهر في حال العدول.

المطلب الأول : مصير الهدايا والتعويض بسبب العدول عن الخطبة.

تعتبر الهدية وسيلة لتطبيب الخواطر وبعث المودة وأنسنة العلاقات بين الأفراد، حرصا على إدانة أواصر المحبة وبعثها أو المحافظة عليها، وهذا في الإطار العام لاسيما في العلاقات الخاصة التي تحتاج لمثل هذه الهدايا كما هو الشأن بالنسبة للخطبة، حيث وتجسيدا لمعنى التقارب بين الرجل والمرأة في هذه المرحلة التعارفية يحدث وأن يقدم الطرفان أو أحدهما هدايا للآخر، لكن قد لا تستمر هذه العلاقة ويحدث العدول، ومن ثم تظهر فكرة المطالبة باسترداد الهدايا، كما قد يُصاحب العدول عن الخطبة حدوث أضرار هي محل مطالبة من المتضرر بتعويضها، والتي حاول المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة التصدي لها، وعلى هذا الأساس سيكون تقسيم هذا المطلب وفقا للتفرع التالي:

الفرع الأول: مصير الهدايا بسبب العدول عن الخطبة.

الفرع الثاني: التعويض عن الضرر جراء العدول عن الخطبة.

(1) الأمر رقم (02-05) المتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري الصادر في 27 فبراير 2005، (الجريدة الرسمية، رقم 15 الصادرة بتاريخ 27 فبراير 2005) ص 19، الموافق عليه بموجب القانون (09-05) الصادر في 04 مايو 2005، (الجريدة الرسمية، رقم 43 الصادرة بتاريخ 22 يونيو 2005).

الفرع الأول: مصير الهدايا بسبب العدول عن الخطبة.

إذا تمّ العدول عن الخطبة وكان طرفاها قد تبادلوا الهدايا، فإنّ ذلك قد يجعل أحدهما أو كلاهما يطالب باسترداد ما أهدى لا سيما إذا كان معدولا عنه، وقد عالج قانون الأسرة تفاصيل ذلك وفق تصوّر ينبغي بحثه وفقا للتفصيل التالي:

أولا: مفهوم ردّ الهدايا.

تعدّ فكرة استرداد الهدايا وردّها من أهمّ الآثار الناشئة عقب العدول عن الخطبة، وبخاصّة إذا كانت ثمينة وذات قيمة مُعتبرة، فيعتمد كلّ طرف للمطالبة بهداياه، وقد يعتري الأمر تفاصيل ينبغي تبيانها من خلال توضيح معنى ردّ الهدايا كما يلي:

1- تعريف الردّ.

يُعدّ الردّ والاسترداد في إطار العدول الخطبة طريقة يعمد إليها الخاطب والمخطوبة للمطالبة بالهدايا، التي تمّ تبادلها بعد انقضاء سبب الاستمرار في الخطبة، التي كان الهدف منها الوصول لعقد الزواج، ولذلك ينبغي التفصيل في معنى الردّ من الناحية اللغوية والاصطلاحية.

أ- تعريف الردّ في اللغة.

الردّ من الفعل ردّ وهو بالفرنسيّة (Restitution)⁽¹⁾ وبالانجليزية (Repulse)⁽²⁾، أي أرجع، ويقال ردّه إليه بمعنى أعاده، وردّه على عقبه أي دفعه، وردّ الباب بمعنى أغلقه⁽³⁾، ويُقال رددت إليه جوابه بمعنى رجعت وأرسلت، ومنه رددت عليه الوديعة، وترددت إلى فلان أي رجعت إليه مرّة أخرى، وترادّ القوم البيع ردّوه⁽⁴⁾، والردّ أيضا هو الصّرف، والردّة بمعنى القُبْح، والارتداد هو الرجوع، وهذا أردّ يُقصد به هذا أنفع⁽⁵⁾، ومن ذلك يمكن الوصول إلى مفهوم الاسترداد المشتقّ من الفعل استردّ، وهو بالفرنسية (Retrait)⁽⁶⁾، وبالانجليزية (Recovery)⁽⁷⁾، واسترد الشيء بمعنى سأله أن يرده عليه⁽⁸⁾.

تتمحور المعاني اللغوية للردّ حول الإرجاع والإعادة، وبالتالي فالاسترداد يتعلّق بطلب الإرجاع والإعادة.

(1) شوقي ضيف . معجم القانون. ص 49.

(2) محمد رواس قلعة جي: حامد صادق قنبي. معجم لغة الفقهاء. ص 222.

(3) إبراهيم مصطفى وآخرون. المعجم الوسيط. ص 337.

(4) أحمد بن محمد بن علي الفيومي. المصباح المنير. ص 85 و 86.

(5) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي. القاموس المحيط. ص 630.

(6) شوقي ضيف . معجم القانون . ص 49.

(7) محمد رواس قلعة جي: حامد صادق قنبي. معجم لغة الفقهاء. ص 62.

(8) الرازي محمد بن أبي بكر بن عبد القادر. مختار الصحاح. المطبعة الكلية، القاهرة، مصر، ط1، 1329هـ. ص 140.

ب- تعريف الردّ في الاصطلاح.

يرتبط الردّ بالاسترداد من حيث المعنى، ويمكن إعطاء مفهوم الاسترداد اصطلاحاً على أنّه "طلب الردّ أو استرجاع الشيء"⁽¹⁾، فهو مرتبط بالمطالبة بحقّ تمّ أدائه سلفاً من قبل طرف معيّن للطرف الآخر، وبسبب حدوث عارض معيّن أدّى لعدم التفاهم، فيطلب أحد الطرفين استرجاع ما أدى طالما لم يتحقّق ما تمّ الاتفاق عليه.

كما أنّ الاسترداد أيضاً "هو رخصة يخولها القانون لشخص بأن ينتزع حقّاً لشخص آخر لصالحه الخاص"⁽²⁾، فواضح من خلال التعريف أنّ الاسترداد هو رخصة قانونيّة، بمعنى إجراء قانوني استثنائي يُتيح للشخص أن يستحوذ على حقّ من شخص آخر لصالحه.

2- تعريف الهدية.

يكتسي مفهوم الهدية من الناحيتين اللغوية والاصطلاحية ارتباطاً مفاهيميّاً ينبغي التفصيل فيه، بغية الوقوف على أهم المعاني التي تمثّلها في النطاقين، وهو ما ستتمّ معالجته كما يلي:

أ- تعريف الهدية في اللغة.

الهدية في اللغة ما أتحفّت به يقال أهديتُ له وإليه، وجمعها هدايا وهداوى⁽³⁾، وهي باللغة الفرنسية (Le Present) وباللغة الإنجليزية (The Gift)، وهي إعطاء شيء بغير عوض صلة وتقرباً وإكراماً⁽⁴⁾، وتشمل ما يُقدّمه القريب أو الصديق من التُحف والألطف⁽⁵⁾، وهي أيضاً ما يؤخذ بلا شرط الإعانة⁽⁶⁾.

يتّضح من خلال التعاريف اللغوية للهدية أنّها تتمحور حول ما يُعطى للغير بهدف التحبّب والإكرام.

ب- تعريف الهدية في الاصطلاح.

جاءت التعاريف الخاصة بالهدية من الناحية الاصطلاحية مُتقاربة مع الهبة، فكان فقهاء الشريعة الإسلاميّة يعطونها تقريباً نفس الوصف، على الرّغم من شمولية الهبة للهدية، فقد أعطاهم الحنفية نفس الوصف مع الهبة ودليلهم في ذلك أنّ الصّعب بن جثّامة أهدى إلى النبي ﷺ حِمَارَوْحْشٍ وهو بالأنواء وفي رواية بُوْدَانٍ فَرَدَهُ النبي ﷺ وقال لَوْلَا أَنَا حَرَامٌ وَإِلَّا لَقَبَلْنَا⁽⁷⁾.

(1) محمد رواس قلعة جي: حامد صادق قنبي. معجم لغة الفقهاء. ص 62.

(2) شوقي ضيف. معجم القانون. ص 49.

(3) ابن منظور محمد بن مكرم الأفريقي المصري. لسان العرب. دار صادر، بيروت، لبنان. ط 1. ج 15 ص 353.

(4) محمد رواس قلعة جي: حامد صادق قنبي. معجم لغة الفقهاء. ص 95 و 494.

(5) إبراهيم مصطفى وآخرون. المعجم الوسيط. ص 979.

(6) الجرجاني أبو بكر بن عبد الرحمن بن محمد. التعريفات. المطبعة الخيرية المنشأة بجمالية مصر، مصر، ط 1306، هـ 1، ص 277.

(7) رواه البخاري ومسلم، (أنظر: البخاري محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة أبو عبد الله. الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه (صحيح البخاري). كتاب الحج. باب إذا أهدى للمُحَرَّم حِمَارًا وَحْشِيًّا حَيًّا لَمْ يَقْبَلْ. الحديث رقم 1825. دار طوق النجاة، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، القاهرة، مصر، ط 1، 1420 هـ، ج 3 ص 13؛ مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري. صحيح مسلم. كتاب الحج. باب تحريم الصّيد للمُحَرَّم. الحديث رقم 1193. دار إحياء التراث العربي، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت، لبنان، 1999. ج 2 ص 815).

فَقَدْ أَطْلَقَ الرَّاوي اسْمَ الْإِهْدَاءِ بِدُونِ الْقَبُولِ وَالْإِهْدَاءِ مِنْ أَلْفَافِ الْهَبَةِ⁽¹⁾، فهي تملك عين بلا عوض والإجارة تملك المنفعة بعوض⁽²⁾، وأعطائها المالكية أيضا نفس المفهوم مع الهبة وعرفوها على أنها تملك بلا عوض، غير أنه إذا قصد منها المعطي ثواب الآخرة فقط فهي صدقة⁽³⁾، كما لم يُفرد لها الحنابلة بتعريف مُنفصل عن الهبة، وذلك من خلال تعريفها على أنها: "تَمْلِكُ فِي حَيَاتِهِ بِغَيْرِ عَوَضٍ"⁽⁴⁾، وكذلك فعل الشافعية حيث أن المقصود بها هو "التملك لعين بلا عوض في حال الحياة تطوعا"⁽⁵⁾.

فَالْهِدِيَّةُ تَتَقَاعُ مَعَ الْهَبَةِ بِالرَّغْمِ مِنْ أَنَّهَا نَوْعٌ مِنْ أَنْوَاعِهَا، فَإِنْ قَصِدَ بِهَا ثَوَابُ الْآخِرَةِ فَقَطْ فَصَدَقَ، وَإِنْ قَصِدَ إِكْرَامًا وَتَوَدُّدًا وَمُكَافَأَةً فَهِدِيَّةٌ، وَإِلَّا فَهِيَ وَعْظِيَّةٌ وَنَحْلَةٌ⁽⁶⁾.

من خلال هذا التكييف يتّضح أنّ معنى الهبة أشمل من الهدية، فالهبة تشمل الصدقة والتي تكون بغرض التقرب لله تعالى، بينما الهدية بغرض تطيب الخواطر والتقرب من الناس، وإذا انضم إلى تملك المحتاج بقصد ثواب الآخرة فتكون هدية وصدقة، وقد تجتمع الأنواع الثلاثة فيما لو ملك محتاجا لشواب الآخرة بلا عوض، ونقله إليه إكراما بإيجاب وقبول⁽⁷⁾.

ولم يُعطِ المشرع الجزائري تعريفا واضحا للهدية في إطار المنظومة القانونية، بل نصّ على الهبة بشكل عام بموجب المادة 202 من قانون الأسرة "الهبة تملك بلا عوض"، وفي ذلك تأثر بالتعاريف الفقهية.

ثانياً: مشروعية ردّ الهدية.

تأخذ الهدية بُعداً شرعياً مهماً، فهي أقصر طريق للمودة بين المتحايين والمتوآدين، ولذلك يُحبّب قبولها، ولا يكون ردّها إلّا لسبب جوهري، بل إنّ طلب استرداد الهبة يُعدّ قلة مروءة، ولذلك ينبغي تبين مدى مشروعية ذلك من خلال ما يلي:

1- دليل مشروعية ردّ الهدية من القرآن الكريم.

يمكن التّديل على مدى مشروعية ردّ الهدية من خلال آية عامّة وردت في سياق التّهادي، ويمكن من خلالها بيان مدى إمكانية ردّها، فقد قال الله تعالى: ﴿وَإِنِّي مُرْسِلَةٌ إِلَيْهِمْ بِهَدِيَّةٍ فَنَظِرَةٌ بِمَ يَرْجِعُ الْمُرْسَلُونَ﴾⁽⁸⁾،
 الْمُرْسَلُونَ⁽⁸⁾، أي "إنّي أجرب هذا الرّجل بإرسال رسلي إليه بهديّة مُشمّلة على نفائس الأموال، فإن كان ملكا

(1) علاء الدين الكاساني. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط 2، 1982. ج 6 ص 115.

(2) ابن عابدين. حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة. ج 8 ص 328.

(3) الدسوقي محمد وعرفه. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. دار الفكر، تحقيق: محمد عlish. بيروت، لبنان، ج 4 ص 97.

(4) المرادوي علي بن سليمان أبو الحسن. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل. دار إحياء التراث العربي، تحقيق: محمد حامد الفقي. بيروت، لبنان. ج 6 ص 116.

(5) الشربيني محمد الخطيب. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج. دارالفكر، بيروت، لبنان. ج 2 ص 396.

(6) شرف الدين موسى بن أحمد بن موسى أبو النجا الحجاوي. الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل. دار المعرفة، تحقيق: عبد اللطيف محمد موسى السبيكي، بيروت، لبنان، ج 3 ص 30.

(7) الشربيني محمد الخطيب. مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج. ج 2 ص 397

(8) سورة النمل . الآية 35.

أرضيناه بذلك وكفيناه أمره، وإن كان نبياً لم يرضه ذلك لأن غاية مطلبه هو الدعاء إلى الدين فلا يُنجينا منه إلا إجابته ومتابعته والتدين بدينه وسلوك طريقته"⁽¹⁾.

فلقد رأت ملكة سبأ طريقة التعرف على نوايا النبي سليمان من خلال مهاداته، وهي امرأة عُرفت بالحكمة وحسن التدبير، فإذا قبلها فإنه وبحسبها طالبٌ للدنيا ولمتاعها، أما إذا ردّها ولم يقبلها فذلك دليل على أنه إنسان رسالي يبتغي وجه الله تعالى والدعوة إلى طريقه، فدلّت الآية على إمكانية ردّ الهدية في أضيق النطاق، لا سيما إذا كان الطرف المهدى له متوجّساً منها ويعلم أنّ الهدف منها ليس التحبّب والمجاملة.

2- دليل مشروعية ردّ الهدية من السنة النبوية الشريفة.

الهدية تشمل كلّ ما يقدمه المهدى للمهدى إليه من كلّ العينية وغيرهما مهما كانت بساطتها، وذلك للحديث الذي روي عن النبي ﷺ فعن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: لَوْ دُعِيْتُ إِلَى كُرَاعٍ لَأَجَبْتُ وَلَوْ أُهْدِيَ إِلَيَّ كُرَاعٌ لَقَبِلْتُ"⁽²⁾، لقد دلّ الحديث على أنّ قبول الهدايا على رمزيّتها هو من سلوك النبي ﷺ بهدف تطييب الخواطر والتقرب أكثر بين المتهادين.

كما أنّ الهدية من سلوك النبي ﷺ وذلك لحديث عائشة رضي الله عنها قالت كان رسول الله ﷺ يقبل الهدية ويثيب عليها"⁽³⁾، فواضح أنّ النبي ﷺ الذي كان خلقه القرآن يقبل الهدايا ولا يردّها ويجزيء عليها، وهو ما يمثل في الحقيقة أهمية الهدايا في الرّبط بين الناس، وربط أواصر المحبة بينهم.

ولأنّ الهدية نوع من أنواع الهبات فإنّ الرجوع في الهبة يعدّ مذمة لفاعلها، ومن ذلك حديث ابن عباس رضي الله عنهما قال قال النبي ﷺ "الْعَائِدُ فِي هِبَتِهِ كَالْكَلْبِ يَقِيءُ ثُمَّ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ"⁽⁴⁾، فواضح مدى التشبيه الذي أعطاه النبي ﷺ للعائد في هبته، وكراهة ذلك السلوك مع المقصد العام الذي ترمي الهبة والهدية لتحقيقه.

بالمقابل إذا كان هناك سبب شرعي، يدعو لردّ هدية المهدى، فينبغي تطييب قلب المهدى ببيان العذر في عدم قبول هديته، وذلك ثابت من أخلاق النبي ﷺ في ردّه للحمال والوحشي المهدى له لما كان مُحَرِّماً، إذ لولا ذلك لقبه كهدية"⁽⁵⁾.

فالأصل في الهدية عدم الردّ أو طلب ردّها، إلّا إذا حال بين المهدى له وقبولها أمر جدي لا يمكن التفریط فيه.

(1) الشوكاني محمد بن علي بن محمد. فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير. دار الفكر، بيروت، لبنان، ط1، 1998. ج 4 ص 137.

(2) رواه البخاري: (أنظر: البخاري. صحيح البخاري. كتاب النكاح. باب من أجاب إلى كُرَاعٍ الحديث رقم 5178. ج 7 ص 25).

(3) رواه البخاري: (أنظر: البخاري. صحيح البخاري. كتاب الهبة. باب المكافأة في الهبة. الحديث رقم 2585. ج 3 ص 157).

(4) رواه البخاري ومسلم: (أنظر: البخاري. صحيح البخاري. كتاب الهبة وقضائها والتخريض عليها. باب لا يجزئ لأحد أن يرجع في هبته وصَدَّقَتْهُ. الحديث رقم 2621. ج 5 ص 234؛ مسلم. صحيح مسلم. كتاب الهبات. باب كراهة شراء الإنسان ما تصدق به ممن تصدق عليه. الحديث رقم 1620. ج 3 ص 1239).

(5) سبق تخريجه.

3- دليل مشروعية ردّ الهدية قانونا.

لقد جرت العادة أن يقدم الخاطب لمخطوبته بعض الهدايا، وكذلك تفعل المخطوبة مع خطيبها، ولقد لعب العُرف دورا كبيرا في تحديد هذه الهدايا، والتي تختلف باختلاف الأمكنة والأزمنة⁽¹⁾، ويمكن التّديل على إمكانية ردّ الهدايا في حالة العدول عن الخطبة من خلال المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري التي نصّت على: "...لا يستردّ الخاطب من المخطوبة شيئا ممّا أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يردّ للمخطوبة مالم يستهلك مما أهدته أو قيمته. وإن كان العدول من المخطوبة، فعليها أن تردّ للخاطب مالم يستهلك من هدايا أو قيمته".

ثالثا: طريقة استرداد هدايا الخطبة.

يقتضي التّفصيل في مسألة هدايا الخطبة بعد العدول وفق تصوّر الطّرف المُقدّم على ذلك، على أساس تكييف الخطبة بإخراجها من دائرة العقد من جهة؛ ومن جهة أخرى أنّها وعد بعقد⁽²⁾، وجاء تبين أثر العدول عن الخطبة تفصيليا من النّاحية الفقهيّة، فكانت المسألة خلافيّة بين المذاهب. حيث رأى الحنفية أنّ حكم هذه الهدايا يأخذ حكم الهبة، وللواهب الحقّ في الرّجوع عن هبته ولا يمنعه من ذلك إلا هلاك الشيء أو استهلاكه أو وجود الزوجية، فلو بقي الشيء المهدى استردّه الخاطب، أمّا إذا هلك أو استهلك أو طرأ عليه تغيير فليس له الحقّ في استرداده⁽³⁾.

أمّا الشافعية فقالوا: أنّه يمكن الرّجوع في هدايا الخطبة، لاسيما إذا كان ذلك بدون لفظ قبل العقد، أي أنّه لم يقصد التبرّع، ثمّ وقع الإعراض منها أو منه فيرجع بما وصلها منه، لأنّ قرينة سبق الخطبة تغلب على

(1) جميل فخري محمد جانم. التّدابير الشّرعية للحدّ من العدول عن الخطبة في الفقه والقانون. دارالحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 2008، ص 102.

(2) إنّ فكرة العدول عن الخطبة تستوجب فحص تكييفها، وما يترتّب جزاء العدول عنها:

أ- الخطبة لا ترقى إلى مرتبة العقد فهي جائزة بل ومستحبة، بدليل أنّ المخطوبة لا تستحقّ حقوقا زوجيّة إلاّ بانعقاد الزّواج، فضلا على أنّ إباحة النّظر إلى المخطوبة التي لاتزال أجنبيّة عن الخاطب هو استثناء من القاعدة العامّة إبعادا لكلّ تدليس. (أنظر: الشريبي محمد الخطيب. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج. ج3 ص 135؛ عمر سليمان الأشقر. أحكام الزّواج في ضوء الكتاب والسنة. دارالنفائس، عمان، الأردن، ط1، 1997. ص 38؛ بدران أبو العينين بدران. أحكام الزواج والطلاق في الإسلام. دار التّأليف، القاهرة، مصر، ط2، 1966. ص 38).

ب- الخطبة وعد بالتعاقد، ولكن ليس بنفس المفهوم الذي تضمّنه القانون المدني الجزائري، لأنّه يمكن العدول عنها من دون المطالبة قضاء بالحكم بقيام العقد، فلقد نصّت المادة 72 من القانون المدني الجزائري على: "إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشّروط اللازمة لتتمام العقد وخاصة ما يتعلق منه بالشّكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد". (أنظر: الأمر رقم (58-75) المتضمّن القانون المدني المعدّل والمتّمم الصّادر في 26 سبتمبر 1975. (الجريدة الرّسمية رقم 78 الصّادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975)، ص 994).

(3) ابن عابدين. حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبوحنيفة. ج3 ص 153.

الظنّ أنّه إنّما بعث أو دفع إليها لتتمّ تلك الخطبة، كما أنّه يرجع عليها بما أنفق عليها من دفع له سواء كان مأكولا أو مشروباً أم ملبساً أو حلواً أم حلياً، لأنّه إنّما أنفقه لأجل تزوّجها فيرجع به إن بقي وببدله إن تلف⁽¹⁾. هذا ورأى الحنابلة أنّه لا يجوز كمبدأ عام للخطاب الرجوع في هداياه واستردادها، لأنّها تأخذ منحي الهبة، فلا يمكن لغير الأب الرجوع في هبته أو هديّته⁽²⁾، فلا يجوز الرجوع في الهبة مُستندين في ذلك للحديث المروي عن ابن عبّاس رضي الله عنهما قال: قَالَ النَّبِيُّ ﷺ: "الْعَائِدُ فِي هَبْتِهِ كَالْعَائِدِ فِي قَيْئِهِ"⁽³⁾، ومع ذلك فقد أجازوا الرجوع فيها لأنهم يرون أنّ الهبة تكون بغير عوض، والواهب في الخطبة إنّما أهدى بغرض الإستمرار في العلاقة وتحقيق عقد الزّواج، فهديّة الزّوجة ليست من المهر، فإن كانت قبل العقد وقد وعدوه بأن يزوّجوه فزوّجوها غيره رجع عليها بهداياه، كما أنّ ما قبضَ بسبب الزّواج يأخذ حكم المهر⁽⁴⁾.

بينما أورد المالكية في هذه الجزئية تفصيلاً نوعياً، حيث قالوا في رأي أنّ الخطاب لا يسترجع شيئاً ممّا أهدى ولو كان العدول منها⁽⁵⁾، ورأي آخر وهو الرّاجح⁽⁶⁾ يفرّق بين الطّرف الذي عدل عن الخطبة والطّرف المعدول عنه، حيث لم يعطوا هذه الهدايا معنى الهبة، فإذا كان العدول من جانب المُهدي فليس له الحقّ في استرداد هداياه ولو كانت قائمة وسليمة، وإن كان العدول من جانب المُهدى إليه فهو ملزم بردّ الهدية إن كانت لا تزال قائمة أو دفع قيمتها إن هلكت أو استهلك، فلا يجمع على المُهدى إليه ألم العدول وألم الاسترداد إن لم يكن العدول منه، وكذلك الشأن بالنسبة للمُهدي الذي لا يمكن أن يجمع بين ألم العدول والغرم إن كان العدول من الطّرف الآخر، وقال المالكية في رأي آخر أنّ الهدايا قبل عقد الزواج أو فيه تتشتر بين المرأة والرجل، سواء اشترطت، أو لم تشترط؛ لأنها مُشترطة حكماً⁽⁷⁾.

بالرجوع إلى مسلك المشرّع الجزائري فيما يخص هدايا الخطبة، فإنّه عالج المسألة من خلال المادة الخامسة من قانون الأسرة التي نصّت على: "لا يستردّ الخطاب من المخطوبة شيئاً ممّا أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يردّ للمخطوبة مالم يستهلك ممّا أهدته أو قيمته. وإن كان العدول من المخطوبة، فعليها أن تردّ للخطاب مالم يستهلك من هدايا أو قيمته".

(1) الدميّاطي أبو بكر ابن السيد محمد شطا. حاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين لشرح قرة العين بمهمات الدين. دارالفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ج 3 ص 156.

(2) ابن قدامة موفق الدين أبو محمد عبد الله المقدسي الحنبلي المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني. دارالفكر، بيروت، لبنان، 1405 هـ ج 6 ص 327.

(3) سبق تخريجه.

(4) المرداوي علي بن سليمان أبو الحسن. الإنصاف في معرفة الرّاجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل. ج 8 ص 296.

(5) الدسوقي محمد عرفه. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج 2 ص 219؛ التسولي أبو الحسن علي بن عبد السلام. البهجة في شرح التحفة. دار الكتب العلمية، تحقيق: ضبطه وصححه: محمد عبد القادر شاهين. بيروت، لبنان، ط 1، 1999. ج 1 ص 448.

(6) محمد أبو زهرة. الأحوال الشّخصية. دار الفكر العربي. القاهرة، مصر، ط 3، 1957. ص 39 و 40.

(7) الدردير أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد. الشّرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك. دار المعارف، القاهرة، مصر، 1986. ج 2 ص 348 و 456.

ويمكن حصر حالات العدول بالإرادة المنفردة للخاطب أو المخطوبة، أو بطريقة اتفاقية بينهما، وهو ما يمكن التفصيل فيه على النحو التالي:

1- إسترداد هدايا الخطبة إذا كان العدول بالإرادة المنفردة لأحد الطرفين.

إنّ أهم ما يمكن ملاحظته بشأن المادة الخامسة أنّها أشارت إلى احتمال أن يتمّ العدول من طرف الخاطب أو المخطوبة، أي أنّ العدول قد يكون بالإرادة المنفردة لأحدهما، وترتيب أثر ذلك على الهدايا⁽¹⁾:
أ- مصير الهدايا إذا كان العدول من الخاطب.

جاء النصّ على مصير الهدايا في حالة العدول عن الخطبة من طرف الخاطب وفقا للفقرة التي نصّت على: "لا يستردّ الخاطب من المخطوبة شيئا ممّا أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يردّ للمخطوبة..."، فمن خلال محاكاة ما ورد في التفصيلات الفقهية وإسقاط ذلك على ما أخذ به المشرع الجزائري، يتّضح أنّه أخذ بتفصيل الملكية في عدم أحقية الطرف العادل في استرجاع ما أهدى من هدايا، لأنّ الخاطب إذا عدل عن مخطوبته، فليس من اللائق مضاعفة ألمها، ويتجلى ذلك من خلال ترك الهدايا تخفيفا لوقع العدول عنها⁽²⁾.

يتّضح من خلال الشقّ الأول من هذه الفقرة أنّ المشرع قد أخذ بتفصيل تحميل الطرف العادل، ولا سيما إذا كان الخاطب هو العادل، وهو ما ترجمته اجتهادات المحكمة العليا من خلال النصّ الإجمالي الذي نصّ على: "من المقرّر شرعا وقانونا، أنّه لا يستردّ الخاطب ممّا أهداه إن كان العدول منه، ومن ثم فإنّ النّعي على القرار المطعون فيه بتناقض الأسباب غير سديد يستوجب رفضه. ولما كان من الثّابت في قضيّة الحال- أنّ الطاعن تراجع عن إتمام إجراءات الزواج والدّخول على الرّغم من طلبه من طرف الزّوجة، فإنّ قضاة الموضوع برفضهم طلب الطّاعن لاسترجاع الهدايا طبّقوا صحيح القانون"⁽³⁾.

غير أنّ الملكية جعلوا الأمر على هذا النحو ورتّبوا ردّ الهدايا إذا كانت قائمة، فإن هلكت أو استهلكت تُردّ مثلها إذا كانت من المثلّيات أو قيمتها إن كانت من القيميات.

(1) حمل المشرع الجزائري تبعات العدول عن الخطبة للطرف العادل من حيث منعه من استرداد الهدايا التي أهداها، وكذا إلزامه برّد الهدايا التي أهديت له، إلّا ما استهلك منها، وكان حريّا إدراج الطرف المتسبّب في العدول وذلك إعمالا لنص المادة 124 من القانون المدني التي ترتّب التعويض في حالة ما تسبّب الشّخص في توليد ضرر للغير وفقا لما يلي: "كلّ فعل أيا كان يرتكبه الشّخص بخطئه، ويسبّب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"، (أنظر: القانون رقم (10-05) المتضمّن تعديل القانون المدني الصّادر بتاريخ 20 يونيو 2005، (الجريدة الرسمية، رقم 44 الصادرة بتاريخ 26 يونيو 2005)، ص 23)، وبالرّغم من ذلك فإنّه يتعيّن على القضاة الالتزام بحرفيّة نص المادة الخامسة من قانون الأسرة، من خلال معالجتهم لقضايا العدول عن الخطبة بتحميل الطرف العادل المسؤولية وليس من تسبّب في العدول، بينما يقتضي المنطق أن يجري تحميل الطرف المتسبّب في العدول والذي قد يكون العادل نفسه، مسؤولية تحمّل ردّ ما أهدى له، وعدم استرداد ما أهدى، وهذا تحقيقا للعدالة.

(2) العربي بلحاج . الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري . ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط 1999. ج 1 ص 54.

(3) المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 1991/04/23 ملف رقم 73919- (المجلة القضائية لسنة 1993 عدد 2. ص 58).

لكن المشرع ومن خلال استكمال الفقرة السابقة من نفس المادة التي نصّت على: "... مالم يُستهلك ممّا أهدته أو قيمته..."، قد خالف المالكية في جزئية مفادها أنّ الهدية لو استهلك أو هلكت فإنّ ذلك يحول دون استرجاعها، وهو ميلٌ لرأي الحنفية الذين جعلوا من أسباب عدم الرجوع في الهبة هلاكها أو استهلاكها. لقد زواج المشرع بذلك بين رأيين فقهيين، ما جعل الأمر متناقضاً وغير عادلٍ نوعاً ما، حيث أنّ استهلاك الهدية يحرم الطرف المعدول عنه من استرداد هديته أو قيمتها، فقد يلجأ الطرف العادل إلى استهلاكها عمداً حتى لا يستطيع الطرف الآخر استردادها إعمالاً لنص هذه المادة، هذا في حالة ما كانت الهدية موضع الخلاف قابلة للإستهلاك أصلاً.

كان حريّاً اتباع المذهب المالكي في كلّ التفاصيل الخاصة بهدايا الخطبة واستردادها، لأنّ الأمر يُحقّق العدالة فعليّاً، ولا يحرم الطرف المعدول عنه من استرداد هداياه الهالكة، فلماذا يتحمّل ذنباً ليس هو المسؤول عنه، بل إنّ المادة على شكلها الحالي قد زادت من ألم الطرف المعدول عنه بأنّه لا يستطيع استرداد الهدايا المُستهلكة.

إنّ صياغة هذه المادة على هذا النحو وبقدراً تسعى في ظاهرها إلى الحفاظ على النظام المالي للأسرة، مُتمثلاً في إعادة الحال إلى ماكان عليه قبل الخطبة بين المخطوبين، بتفعيل آلية ردّ الهدايا واستردادها، إلّا أنها تحرم الطرف المعدول عنه من استرداد الهدايا التي استُهلك، الأمر الذي يعمّق الخلاف بين المخطوبين، ومن ثمّ أقاربهما، وبالتالي التأثير على النسيج المجتمعي للأسر بصفة عامة.

ب- مصير الهدايا إذا كان العدول من المخطوبة.

جاءت الفقرة الأخيرة من نفس المادة كمحاولة لجعل الأمر بالسوية بين طرفي الخطبة، فنصّت على: "... وإن كان العدول من المخطوبة، فعليها أن تردّ للخاطب مالم يُستهلك من هدايا أو قيمته"، حيث حمّلت العادلة مسؤولية ردّ الهدايا التي قدّمها الخاطب المعدول عنه إذا لم تستهلك أو قيمة ذلك، وذلك في لفتة من المشرع إلى عدم جعل الضرر مُنصبّاً فقط على الرّجل بل شمل المرأة العادلة كذلك⁽¹⁾، فإذا كان العدول منها فتردّ له الهدايا حتى لا يجمع بين ألم العدول عنه وبين ماتكبّده من غرم⁽²⁾.

وقد زكّت المحكمة العليا هذا الإتجاه من خلال نصّ اجتهادي تفصيله كالتالي: "من المقرر قانوناً، أنّه يتوجب على المرأة المخطوبة عند عدولها عن إتمام الزّواج، أن تردّ مالم يستهلك من هدايا وغيرها... ولما ثبت من قضية الحال- أنّ الطّاعنة هي التي عدلت عن إتمام الزّواج وبدون مبرّر شرعي أو قانوني، فإنّه لا يمكن والحالة هذه تحميل المطعون ضده بالخسائر والأضرار المترتبة عن ذلك، وأنّ دفع الطّاعنة المتعلّق بأحقّيتها في نصف الصّداق، وإنّما يتحقّق لو تمّ الطّلاق بإرادة الزّوج، ممّا يتعيّن القول أنّ قضاة الموضوع أصابوا في

(1) لم يُشر المشرع الجزائري إلى الهدايا التي أهدتها المخطوبة للخاطب وكيفية استردادها وسكت عنها، إذا صدر العدول منها، وقياساً على ما سبق فإنّها تأخذ نفس حكم هدايا الخاطب للاشتراك في الهدف وهو الزّواج، وبالتالي فلا تستردّها.

(2) العربي بلحاج . الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. ج 1 ص 54.

قضائهم ويتوجب رفض الطعن⁽¹⁾.

يعكس هذا الإجهاد القضائي سير المحكمة العليا على خطى قانون الأسرة في ردّ المرأة العادلة عن الخطبة للهدايا التي لم تُستهلك أو قيمة ذلك، مُستثنية بذلك ما تمّ استهلاكه ولو بطريقة مُتعمّدة وتدليسية، الأمر الذي يجب التفتّح له وإعادة التّظر فيه، وعدم فتح الباب أمام أطراف الخطبة في الادّعاء باستهلاك الهدية كمانع لاستعادتها لأنّ ذلك حقيقة يُرتّب نتائج عكسية تجلّت من خلال تلفيق المشرّع لفكرة جديدة جاءت بين المذهبين الفقهيين.

من خلال التّمحيص في نصّ المادة الخامسة من قانون الأسرة المنظّمة لآثار العدول عن الخطبة فإنّه يمكن إيجاد بعض النّقائص التي اعترتها والتي هي كثيرة الحدوث في مُجتمعنا ولا بد من إيجاد ضابط قانوني لها حتى يسهل على المُتخاصمين التوصل لأسهل الحلول وعدم ترك الباب مفتوحا للتأويل، هذا من جهة؛ ومن جهة أخرى تسهيل عمل القضاة من خلال إدراج بعض التّعديلات الضّرورية على هذه المادة وتخفيف العبء عليهم في البحث في الثّنايا المتشعبة للفقهاء الإسلامي.

2- استرداد هدايا الخطبة إذا كان العدول اتّفاقياً.

قد يتمّ العدول عن الخطبة بطريقة اتّفاقية بين طرفيها إذا اقتنعا بأنّ الماضي تجاه الزّواج غير ممكن في ظلّ عدم التّوافق المُلاحظ خلال فترة الخطبة، فيتمّ العدول عنها لأنّ ذلك يُعدّ حقاً لكليهما وفقاً لما جاءت به المادة الخامسة من قانون الأسرة بنصّها على: "...يجوز للطرفين العدول عن الخطبة..."، فتسري الأمور بطريقة عادية من حيث مبدأ العدول عنها، وانعكاس ذلك على الهدايا المُتبادلة خلالها، حيث وفي نطاق الاتّفاق يتمّ أيضاً إدراج ما أهداه الخاطب لمخطوبته والعكس، فيردّ كلّ واحد منها ما أهدى له ويستردّ ما أهدى إذا كان قائماً ولم يُستهلك، فإن تلف أو استهلك التزم بالتّعويض.

لكن الإشكال الذي يمكن أن يعترى هذا الاتّفاق هو التّفاهم المبدئي من حيث فكرة العدول عن الخطبة، أي إنهاء الوعد بالزّواج توافقياً، وعدم التّفاهم حول كيفية ردّ واسترداد الهدايا، وفي ظلّ غياب مُعالجة تشريعية لهذه الجزئية المُحتملة الحدوث يتمّ الرّجوع للقواعد العامّة.

فبالرّغم من أنّ الخطبة لا تعدّ عقداً، فإنّه وفي حالة العدول عنها اتّفاقياً، يمكن تطبيق الإطار العام الخاصّ بالعقود ولا سيما ما تعلّق بالفسخ، أي إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانا عليها وهو ما شملته المادة 121 من القانون المدني الجزائري بنصّها على: "إذا فسخ العقد أعيد المُتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 13/07/1993 ملف رقم 92714 - (المجلة القضائية لسنة 1995 العدد الأول، ص 128)، من خلال هذا القرار يتّضح أنّه حرم الطّاعة من نصف الصّدق لأنّها عدلت عن الزّواج، وهذا خلط بين الزّواج والخطبة، لأنّه وبانقضاء الزّواج تنتهي مرحلة الخطبة، وينتهي معها الحديث عن ردّ الهدايا واستردادها، ويكون من حقّها نصف الصّدق إذا كان الطّلاق قبل الدّخول، ولا تحرم منه بسبب أنّها عدلت عن الزّواج كما جاء في نص القرار، وهو يتناقض ما شملته المادة 16 من قانون الأسرة.

العقد، فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض"، فوفقا لنص المادة يلتزم الطرفان بردّ ما استلماه وفي حالة الاستحالة، يكون على القاضي في صورة وصول النزاع إليه أن يحكم بالتعويض.

وجاءت معالجة المشرع التونسي لفكرة استرداد الهدايا مجزدة وعامة، بدون تفصيل خاطبا أومخطوبة، فأعطى المشرع التونسي الحقّ في استرداد الهدايا للطرفين مالم يتم العدول ممّن أراد استرداد هداياه من الطرف الآخر، أو لم يوجد شرط خاص، وهو ما شمله الفصل الثاني من مجلة الأحوال الشخصية⁽¹⁾، فمن الواضح أنّه لا يمكن استرجاع كلّ الهدايا، فما يُستهلك منها لا يُسترجع، وعادة ما يتم استرجاع المصوغ وبعض الثياب، وهنا لا بدّ من إثبات التسليم وبعدّ الوصل خير وسيلة للإثبات، وهو ما يتنافى مع الجوّ النفساني السائد بين الطرفين، وبالتالي يقع الإثبات بكافة الوسائل، بالإضافة إلى تحديد قيمة الهدايا، فتتجه المحكمة في هذا النطاق إلى الخبرة، والخير في الغالب يكتفي بما سيُقال له من الطرفين وخاصة من الشهود.

واعتبر المشرع التونسي أنّه من الممكن أن يتفق الطرفان على عدم الاسترداد في حال العدول مهما كان الأمر، ولا يخلو هذا الأمر من الغرابة النفسانية لأنّ كلا الخطيبين يمكن أن يقبل مسبقا فكرة عدم إرجاع هداياه مهما كان الأمر، حتى وإن كان العدول من الطرف الآخر، فضلا على أنّ هذا الشرط يثير جدلا قانونيا، فالشرط يعني تعاقد، وهذا التعاقد يحصل بمناسبة الخطبة التي ليست بعقد، فهذا التعاقد أمر غريب إذا تمّ بمناسبة واقعة قانونية لا صبغة إلزامية لها⁽²⁾.

من خلال ما سبق يمكن إقتراح إعادة صياغة الجزء الخاص بترتيب مصير هدايا الخطبة بعد العدول في إطار المادة الخامسة على النحو التالي: "لا يستردّ الطرف الذي تسبّب في العدول عن الخطبة شيئا من هداياه التي أهداها للطرف الآخر، وعليه أن يرّد ما أهدى له عينا إن بقي قائما أو تعويضه قيمة إذا هلك أو استهلك وكان قابلا للاستهلاك".

الفرع الثاني: التعويض عن الضرر جرّاء العدول عن الخطبة.

تمتدّ آثار العدول عن الخطبة إلى تولّد أضرار قد تلحق أحد الأطراف، وبالتالي إمكانية مُطالبته بالتعويض جرّاء ذلك، وهو الأمر الذي تحكمه ضوابط عديدة سوف يتمّ معالجتها على النحو التالي:

أولا: مفهوم التعويض عن الضرر.

ينبغي في البداية التّركيز على مفهوم التعويض عن الضرر، وذلك بتعريف التعويض ثمّ الضرر في ظلّ اللغة والاصطلاح.

1- مفهوم التعويض.

يُعتبر التعويض من أهمّ المصطلحات الواردة في الجانب القانوني، ولذلك سيتمّ تفصيل معناه من الجانب اللّغوي والاصطلاحي وفقا لمايلي:

(1) الأمر التونسي العليّ المؤرخ في 13 أوت 1956، المنشور بالرائد الرسمي عدد 66 بتاريخ 17 أوت 1956، والتي دخلت حيز التطبيق بداية من غرة جانفي 1957. ص 4. (أنظر موقع بوابة العدل في تونس: <http://www.e-justice.tn>).

(2) ساسي بن حليمة. محاضرات في قانون الأحوال الشخصية. مركز النشر الجامعي، تونس، 2011، ص 34 و35.

أ- مفهوم التعويض في اللغة.

التعويض هو مصدر من عاض يعوّض عوضاً، والاسم: العِوض⁽¹⁾ وهو في اللغة الفرنسية (Le Dommage intérêt)⁽²⁾ وباللغة الإنجليزية (The Compensation)⁽³⁾ وهو البديل⁽⁴⁾ وتَعَوَّضَ منه واعتاضَ أخذ العِوضَ⁽⁵⁾.

فيتّجه معنى التعويض في اللغة إلى الخلف والبذل ومنح العِوض للغير.

ب- مفهوم التعويض في الاصطلاح.

لم يهتم فقهاء القانون كثيراً بوضع تعريف للتعويض بسبب وضوح معناه، ويقصد به في الاصطلاح "المبالغ التي يلتزم بها مسؤول عن ضرر معين، ويُقصد بها جبرالضرر"⁽⁶⁾، فالضرر يستوجب التعويض⁽⁷⁾، وذهب هذا التعريف إلى جعله مبالغاً مالية تؤدي للمتضرر، وقد يكون التعويض عينياً بحسب الحالة الموجبة له⁽⁸⁾.

(1) ابن فارس أبو الحسين أحمد بن زكريا بن محمد بن حبيب. مجمل اللغة، دارالرسالة، تحقيق: زهير عبد المحسن سلطان. بيروت، لبنان، ط2، 1986. ج1 ص 637.

(2) شوقي ضيف. معجم القانون. ص 74.

(3) محمد رواس قلعة جي: حامد صادق قنيبي. معجم لغة الفقهاء. ص 138.

(4) الجوهري إسماعيل بن حماد. الصحاح: تاج اللغة وصحاح العربية. دار العلم للملايين، تحقيق: أحمد عبد الغفور. بيروت، لبنان، ط4. 1987. ج4 ص 230؛ ابن سيده أبو الحسن علي بن إسماعيل النحوي اللغوي الأندلسي. المخصص. دار إحياء التراث العربي، تحقيق: خليل إبراهيم جفال. بيروت، لبنان، ط1. 1996. ج3 ص 375.

(5) ابن منظور. لسان العرب. ج7 ص 192.

(6) شوقي ضيف. معجم القانون. ص 74.

(7) يُعرف التعويض عند فقهاء الشريعة بأنه الضمان، وتمّ تعريفه على أنه: "شغلُ ذمّةٍ أُخرى بِالْحَقِّ". (أنظر: الدسوقي محمد عرفة. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. ج3 ص 331)، فيعني هذا التعريف ترتيب التزام في ذمّة شخص آخر، وهو أيضاً "التزام حقّ ثابت في ذمّة الغير أو إحضار من هو عليه أو عين مضمونة". (أنظر: محمد الزهري الغمراوي. السراج الوهّاج على متن المنهاج. دارالمعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ج1 ص 240)، فواضح أنّ التعريف نصّ على الضمان بشخصه أو بواسطة شيء بعينه.

(8) * قد يكون التعويض عينياً ويعدّ أنجع الوسائل لتعويض المضرور ويهدف لمحو أثرالضرر متى كان ذلك ممكناً وبالتالي إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها، فيحقّق للمضرور ترضية من جنس ما أصابه من ضرر، أي من دون الحكم له بالنقود ويسري عموماً على المسؤولية العقدية، واستثناء قد يرد على المسؤولية التقصيرية. (أنظر: مقدم سعيد. نظرية التعويض عن الضرر المعنوي. المؤسسة الوطنية للكتاب. الجزائر، 1992، ص 177 و178).

فالمدين في المسؤولية التقصيرية قد أخلّ بالتزامه القانوني المنصب حول عدم الإضرار بالغير، وقد يظهر هذا الإلتزام في صورة القيام بعمل يمكن إزالته ومحو أثره، ومثال ذلك من يبني بناء يسدّ من خلاله التور على جاره، فهو مسؤول مسؤولية تقصيرية تجاه جاره لتعويضه عمّا أصابه من ضرر. (أنظر: السهوري أحمد عبد الرزاق. الوسيط في شرح القانون المدني الجديد مصادراً للإلتزام. منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط3، 2000. ج1 ص 1092 و1093)، ولعلّ فكرة ردّ ما لم يُستهلك من هدايا كأثر من آثار العدول عن الخطبة يعدّ بمثابة التعويض العيني عنها.

* قد يكون التعويض نقدياً، ويُعتبر الصورة الغالبة في المسؤولية التقصيرية، ويتمثّل في المبلغ الذي يقدره القاضي جبراً للضرر اللاحق بالمضرور، ويشمل ذلك حتى الضرر المعنوي، فكلّ ضرر يمكن تقويمه بالمال في حالة تعذر التعويض العيني. (أنظر: السهوري. الوسيط في شرح القانون المدني الجديد مصادراً للإلتزام. ج1 ص 1094)، ويُعتبر هذا النوع مجالاً خصباً لإعمال التعويض عن الضرر المادي والمعنوي للعدول عن الخطبة، على أن يكون دفعةً واحدة أو مُرتباً مدى الحياة على أقساط تحدّد مُدها وعددها ويمكن استيفاء التعويض بعد دفع آخر قسط منها. (أنظر: العربي بلحاج. النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري. ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط4، 2007. ج2 ص 157...168).

على هذا الأساس يمكن الاجتهاد ووضع تعريف خاص بالتعويض على أنه "ما يلتزم به الشخص المُتسبب في وقوع الضرر من بدل تجاه الطرف المتضرر وجبر ضرره سواء كان ذلك عينا أو نقدا"، مع الأخذ بعين الاعتبار الظروف التي أدت لحدوث الضرر، ومراعاة ما يلزم توفّره في التعويض.

2- مفهوم الضرر.

يرتبط معنى التعويض في الجانب القانوني بمفهوم آخر لا يقل أهمية عنه، وذلك لأنه أداة لتفعيله، ويتعلّق الأمر بالضرر الذي سيتمّ توضيح معناه في اللغة والاصطلاح كما يلي:

أ- تعريف الضرر في اللغة.

الضرر مُشتق من الضر وهو باللغة الفرنسية (Le Dommage)⁽¹⁾ وباللغة الإنجليزية (The Detriment) أو (The injur) أو (The harm)⁽²⁾ وهو "خلاف النفع"⁽³⁾ وهو سوء الحال⁽⁴⁾، ويُطلق الضرر على النقصان الذي الذي يأتي على الأشياء وعلى الضيق، ومن ذلك يقال الضراء هي النقص في الأموال⁽⁵⁾.

فمن خلال المعاني اللغوية للضرر يتّجه معناه إلى النقصان وعلى الأذى بصفة عامة.

ب- تعريف الضرر في الاصطلاح.

يمكن تعريف الضرر على أنه "إلحاق مفسدة بالغير"⁽⁶⁾، فهذا التعريف على بساطته جاء مُبيناً لآثار الضرر، كما أنه نصّ فقط على الغير المعني بوقوع الأذى عليه، وهو الأمر الذي قد يلحق الشخص نفسه، غير أنّ هذا التعريف حدّد طبيعة الضرر وربطها بالفساد وهو تكييف نوعي وجدّي في ترتيب تبعاته.

كما أنّ الضرر هو "الإخلال بحقّ أو مصلحة"⁽⁷⁾ فواضح مدى ملاءمة هذا التعريف لمعنى الضرر بمفهومه العام، واستعمال معنى الإخلال كفيل بتبيين الآثار التي تنصرف إلى هذا المعنى من خلال المخالفة، وما تمثله من مدلول، حيث أنّ الإخلال بحقّ سوف يُؤدّد ضرراً حتماً، لأنّ الحقّ يُحمى من طرف القانون وطالما تمّ الإخلال به فذلك يعني الإعتداء على قاعدة قانونية تحمي الحقّ، وبالتالي تحقّق مصلحة، كما أنّه لا يشترط المساس بحقّ يحميه القانون، بل يكفي أن يكون على مصلحة مشروعة، أمّا إذا كانت غير ذلك فالقانون لا

(1) شوقي ضيف. معجم القانون. ص 109، وقد أشار إليه الفقيه السهوري على أنّ الضرر باللغة الفرنسية هو (Le Préjudice)، أنظر: السهوري أحمد عبد الرزاق. الوسيط في شرح القانون المدني الجديد مصادر الإلتزام. ج 1 ص 969، وهو مانصّ عليه المشرع الجزائري في قانون الأسرة من خلال النصّ الفرنسي من المادة الخامسة.

(2) محمد رواس قلعة جي؛ حامد صادق قنبي. معجم لغة الفقهاء. ص 284.

(3) إسماعيل بن حماد الجوهري. الصحاح؛ تاج اللغة وصحاح العربية. ج 3 ص 282.

(4) ابن سيده. المخصص. ج 3 ص 425.

(5) ابن منظور. لسان العرب. ج 4 ص 482.

(6) مصطفى أحمد الزرقا. الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد. المدخل الفقهي العام. دار القلم، دمشق، ط 1، 1998. ج 1 ص 990.

(7) السهوري أحمد عبد الرزاق. الوسيط في شرح القانون المدني مصادر الإلتزام. ج 1 ص 970.

يحميها وبالتالي لا يوجب التعويض جزاء المساس بها، ويرتبط الضرر بطبيعة المصلحة التي مسها الإعتداء والتي لا تخرج عن كونها مادية أو معنوية⁽¹⁾.

على هذا الأساس فالضرر ينقسم إلى ضرر مادي⁽²⁾ ومعنوي⁽³⁾، وبالرجوع إلى التشريع الجزائري فإنه لم يُفرد تعريفا قائما بحد ذاته للضرر، وبالرغم من ذلك ففكرته واردة في القانون المدني من خلال المواد (124 إلى 140 وكذا المادة 176) وهي مواد مُخصّصة لتنفيذ الالتزام، فمن خلال معالجة هذه المواد تترتب المسؤولية بناء على حدوث الضرر⁽⁴⁾.

من خلال التعريفات السابقة يتّضح جعل الضرر مقتصرًا فقط على الغير وهذا غير كاف لإمكانية شموله للشخص ذاته، بالإضافة إلى الربط أيضا بين الضرر والمصالح المحمية بموجب القانون، وعلى هذا الأساس يمكن الاجتهاد في وضع تعريف خاص بالضرر كالتالي: "الضرر هو الإخلال بحق أو بمصلحة يحميها القانون تكون ذاتية أو للغير وينتج عن ذلك آثار جسيمة تستوجب التعويض".

(1) عبد الهادي بن زينة. تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري. دارالخلدونية، القبة القديمة، الجزائر، ط1، 2007. ص 25.

(2) يقصد بالضرر المادي: "الإخلال بمصلحة للمضروب ذات قيمة مالية ويجب أن يكون هذا الإخلال محققًا، ولا يكفي أن يكون مُحتملًا"، بمعنى وقع فعلاً أو سوف يقع بطريقة مؤكدة كأن يموت فعلاً المضروب أو يُصاب عامل في عمله، فلا يعوّض فقط على إصابته بل أيضا على الضرر اللاحق به حتما جزاء عجزه عن العمل مستقبلاً. (أنظر: السهوري. الوسيط في شرح القانون المدني الجديد مصادر الالتزام، ج1 ص 970 و 981).

ويمكن أن يكون الضرر المادي كلّ ما يلحق الشخص من خسارة أو تفويت منفعة، فلا ينفك أن يكون الضرر المادي إخلالاً بحق للمضروب، ويشمل ذلك الاعتداء على الحياة، سلامة الجسم أو على ملك الغير، وكذا الإخلال بمصلحة مالية، ومثال ذلك الضرر الذي يصيب المخطوبة جزاء عدول الخاطب، فيُقاس الضرر بقدر ما تكبدته من نفقات وما فاتها من فرص أخرى للزواج، فالضرر المادي ينصرف في معناه إلى كلّ ما من شأنه إصابة الشخص في جسمه أو ماله أو انتقاص حقوقه المالية، وكذا تفويت مصلحة مشروعة مقومة بالمال. (voir: Charles Aubry et Charles Rau. Cours de droit civil français. Melin, canet comp, libraires éditeurs, bruxelles, Belgique. seconde edition. tome 2 (version traduite de l'almand). 1850. p 93).

(3) الضرر المعنوي هو الضرر الذي لا يصيب الشخص في ماله ولكن يصيبه في مصلحة غير مالية. (أنظر: السهوري. الوسيط في شرح القانون المدني الجديد مصادر الالتزام، ج1 ص 981)، وتضمنت المادة 182 مكرّر من القانون المدني فكرة التعويض عن الضرر المعنوي، المنصبّ حول المساس بالمقومات المعنوية للشخص المختلفة عن الجوانب المادية، إلا أنها توجب التعويض المادي، كالقذف أو السب أو هتك العرض وغيرها مما يمسّ باعتبار الشخص وكرامته. (أنظر: كريمة وعراب-. الخطبة في قانون الأسرة الجزائري- مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء. المدرسة العليا للقضاء. الدفعة السابعة عشرة 2006-2009 ص 54)، ولذلك لا يعدو أن يخرج الضرر المعنوي عن كونه ناشئاً عن ضرر مادي سابق، ممثلاً في آلام الجراح الجسدية والمعنوية، أو أن يصيب الشرف والعرض والاعتبار، من قذفٍ وشتيمٍ وهتكٍ عرضي، أو أن يمسّ بالعاطفة والشعور والحنان كانتزاع الطفل من حضن أمّه والإعتداء على أفراد الأسرة، أو أن يتمحور حول مجرّد التعدي على حقّ يحميه القانون كدخول أرض مملوكة للغير بالرغم من معارضته. (أنظر: خالد عبد الله الشعيب- قاعدة الضرر يزال وشمولها للتعويض عن الضرر المعنوي- كلية التربية الأساسية، الهيئة العامة للتعليم التطبيقي والتدريب. الكويت. ص 13؛ عبد الهادي بن زينة. تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري. ص 30).

* يُضاف إلى نوعي الضرر المادي والمعنوي نوع آخر، يشمل الضرر المرتد؛ والمقصود به عدم اقتضائه على الشخص المضروب بل تعديّه وارتداده على أشخاص آخرين، ومن أمثلة ذلك الضرر اللاحق بأفراد الأسرة نتيجة وفاة عائلهم في حادث مرور. (أنظر: العربي بلحاج. النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري. ج2 ص 155 و 156)، ولو أنّ هذا النوع ليس له ما يبرّره في مجال العدول عن الخطبة حيث أنّ الضرر المترتب عن العدول عنها مرتبط بطرفها ولا يرتدّ إلى سواهما عموماً.

(4) مقدم سعيد. نظرية التعويض عن الضرر المعنوي. ص 35.

هذا ويكتسي الضرر أهمية بالغة فهو شرط أولي لقيام المسؤولية المدنية وإمكان التعويض، الذي لا يكون إلا بناء على ضرر لحق طالبه، فالضرر يمثل الركن الأول الذي تنبني عليه المسؤولية المدنية، ولا يتصور وجودها من دونه، وعلى هذا الأساس كان على المدعي في دعوى المسؤولية أن يثبت وقوع الضرر ثم يثبت ركن الخطأ والسببية⁽¹⁾.

ثانيا: دليل مشروعية التعويض.

نظرا لأهمية موضوع التعويض فهو ثابت من خلال الكتاب والسنة والقانون وفقا للتفصيل التالي:

1- دليل مشروعية التعويض من القرآن الكريم.

جاءت عديد الآيات الكريمة تدل على مشروعية جبر الضرر من خلال التعويض ومنها قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ...﴾⁽²⁾، فعليه جزاء في

مقابل ما أتلّف (جزاء قتل المحرم للصيد) وبَدَلٍ مِنْهُ⁽³⁾، فعلى المحرم الذي قتل الصيد أن يتحمل تبعات ضرره الواقع على ملكية الغير كجزاء دنيوي لرد الاعتبار للضحية، طالما كان الضرر قد أصاب مال الغير وهو الصيد سواء كان مملوكا للغير أو حرًا في الطبيعة.

وقوله تعالى أيضا: ﴿...وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَّةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا...﴾⁽⁴⁾ أي فعليه تحرير رقبة؛ هذه الكفارة التي أوجبها الله تعالى في كفارة القتل والظهار⁽⁵⁾، فإعمالا لمضامين الحق وإحقاقا لمبادئ العدالة الإلهية الدنيوية فلا بد من دفع الدية لأهل المقتول بسبب التعدي على النفس وقتلها، وهي التي جعل الله تعالى حفظها كلية من كليات الشريعة الإسلامية ومقصدا من مقاصدها، فالنص على وجوب أداء الدية خير دليل على مشروعية التعويض.

وقوله أيضا: ﴿وَأِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ وَلَئِنْ صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِلصَّابِرِينَ﴾⁽⁶⁾، فلقد شرع الله الله العدل وهو القصاص، وندب إلى الفضل وهو العفو⁽⁷⁾، فدلت الآية الكريمة على أن العقوبة يجب أن تكون من جنس العمل، وأن تتناسب مع حجم الضرر الحاصل، والعفو أحسن ودلالة على الحلم والتسامح، لكن الأساس أن الضرر يجب أن يستتبعه التعويض.

2- دليل مشروعية التعويض من السنة النبوية.

(1) العربي بلحاج . النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري . ج 2 ص 144 و 145.

(2) سورة المائدة . الآية 95.

(3) ابن العربي محمد بن عبد الله الأندلسي. أحكام القرآن . دارالكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1997. ج 2 ص 180.

(4) سورة النساء . الآية 92.

(5) القرطبي أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين. الجامع لأحكام القرآن. دارعالم الكتب، تحقيق: هشام سميح البخاري. الرياض، السعودية، 2003. ج 5 ص 314.

(6) سورة النحل . الآية 126.

(7) ابن كثير أبو الفداء، إسماعيل بن عمر القرشي الدمشقي . تفسير القرآن العظيم. دار طيبة للنشر والتوزيع، تحقيق: سامي بن محمد سلامة، المدينة المنورة، السعودية، ط2، 1999. ج 7 ص 212.

جاءت السنة النبوية على منوال القرآن الكريم من حيث النص على ترتيب الجزاء، وهو التعويض على الضرر اللاحق بالأشخاص جبرا لهم وتحقيقا للعدالة، ومن ذلك الحديث المروي عن البراء بن عازب قال: كانت له ناقة ضارية فدخلت حائطا فأفسدت فيه فكلّم رسول الله ﷺ فيها فقضى أنّ حفظ الحوائط بالتهار على أهلها وأنّ حفظ الماشية بالليل على أهلها وأنّ على أهل الماشية ما أصابت ماشيتهم بالليل⁽¹⁾.

جعل النبي ﷺ تعويض المتضرر من طرف المتسبب في إيقاع الضرر، إذا لم يبذل العناية التامة وعدم الحرص على عدم حدوث المضار للغير كما هو الحال بالنسبة للناقة التي أوقعت الحائط الخاص بالغير. إذن فالتعويض عن الأضرار مبدأ من المبادئ العامة الهامة في الشريعة الإسلامية ضمانا لحقوق الأفراد وحفاظا على ممتلكاتهم⁽²⁾.

3- دليل مشروعية التعويض من التشريع الجزائري.

بالرجوع إلى المشرع الجزائري فقد تضمن الحديث عن التعويض في العديد من المواضع التشريعية، والتي من ضمنها قانون الأسرة، وفي العديد من المواد، ولعل أهمها ما يتعلق بالعدول عن الخطبة، وما ينشأ من أضرار تستدعي التعويض، ومثال ذلك ما شملته المادة الخامسة: "إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض"، وكذلك المادة 52 التي تضمنت التعويض عن الطلاق التعسفي حيث نصت على: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"، فضلا على المادة 55 التي رتبت التعويض في حال حدوث النشوز بنصها على: "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر"⁽³⁾.

بل إنّ الحديث عن مشروعية التعويض يشكل أحد أهم مواضع القانون المدني باعتباره الشريعة العامة، فأعطى المشرع التعويض صفة الوجوب والإلزام في حالة التعدي على الحق، وهو ما شملته المادة 124 من القانون المدني بنصها على: "كلّ فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من

(1) أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي. سنن أبي داود. كتاب الخراج والفيء والإمارة. باب المواشي تفسد زرع قوم. الحديث رقم 3570. دار الفكر، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، بيروت، لبنان، ط1، 1998. ج 2 ص 321؛ ابن ماجه أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه. أبواب الأحكام. باب الحكم فيما أفسدت المواشي. الحديث رقم 2332. مكتبة أبي المعاطي، كتب حواشيه: محمود خليل، القاهرة، مصر، ط1، 1990. ج 3 ص 423؛ أحمد بن حنبل أبو عبد الله الشيباني. مسند الإمام أحمد بن حنبل. الحديث رقم 23741. مؤسسة قرطبة، القاهرة، مصر، ط1، 1990. ج 5 ص 435؛ الحاكم محمد بن عبد الله أبو عبد الله النيسابوري. المستدرک على الصحيحين. كتاب البيوع. الحديث رقم 2303. دار الكتب العلمية، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، بيروت، لبنان، 1990. ج 2 ص 55.

(2) حوري ياسين الهوتي. (اختلاف الفقهاء في تطبيق مبدأ تعويض الضرر في الشريعة الإسلامية). مجلة جامعة الأنبار للعلوم الإسلامية العدد التاسع، المجلد الثالث الصادر في آذار 2011. ص 105.

(3) القانون رقم (11-84) المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتّم، الصادر في 09 يونيو 1984، (الجريدة الرسمية، رقم 24 الصادرة بتاريخ 12 يونيو 1984)، ص 913.

كان سببا في حدوثه بالتعويض"، فواضح من خلال نص المادة التي جاء النص عليها في نطاق المسؤولية التقصيرية، التي وفي حال التثام أركانها فإنها تستوجب التعويض⁽¹⁾.

كما اهتم المشرع الجزائري بتبيين العوامل الواجب مراعاتها عند الحكم بالتعويض من خلال الأخذ بعين الاعتبار ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، وهو ما شملته المادة 182 من القانون المدني بنصها على: "... ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب...".

وامتدّ اهتمام المشرع بالتعويض وإضفاء المشروعية عليه، من خلال طريقة التعويض وصوره التي قد تكون بطريقة مقسّطة أو إيرادا مرتّبا، وهو ما تضمنته المادة 132 التي نصّت على: "يعيّن القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف، ويصحّ أن يكون التعويض مقسّطا، كما يصحّ أن يكون إيرادا مرتّبا، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأمينا. ويقدر التعويض بالتقّد، على أنّه يجوز للقاضي، تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض، بأداء بعض الإعانات تتّصل بالفعل غير المشروع".

كما أولى المشرع أيضا التعويض عن الأضرار المعنوية من خلال نص المادة 182 مكرّر، حيث نصّت على: "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كلّ مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة".

ثالثا: تقدير التعويض عن الضرر الناشئ عن العدول عن الخطبة.

جاء قانون الأسرة شاملا للتعويض عن الضرر بشقيه المادي والمعنوي بسبب العدول عن الخطبة⁽²⁾، على أن يتمّ الأخذ في الحسبان أثناء تقدير مبلغ التعويض مدى جسامه الضرر وأثره، وترضية الطرف المتضرر، والربط بين الضرر الواقع والعدول والأفعال المصاحبة له بواسطة العلاقة السببية بينهما⁽³⁾، ومن هنا تتجلى المرونة المستوحاة من نص المادة القانونية في هذا الشأن، من خلال وضع هذه المهمة في يد القضاة وإعطائهم السلطة التقديرية في طريقة وتفصيل التعويض مع مراعاة الظروف المحيطة بالخطبة وطريقة العدول عنها.

(1) علي علي سليمان. النظرية العامة للإلتزام مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري. ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط5، 2003. ص 138.

(2) لم تُمثّل مسألة التعويض عن أضرار العدول عن الخطبة أولوية بالنسبة للفقهاء القدامى على اختلاف مذاهبهم، لأنّها لا تُنشئ آثارا مالية تجاه أي طرف يعدل عن الخطبة، وذلك لأنّها وعد غير ملزم لكلّهما، فالتناس في تلك الفترة لم يكونوا يتورّطون فيما قد يضرهم في هذه المسألة، ومن تورّط في تصرّف قبل أن يتأكّد من نفسه بالرغبة في إتمام العقد يتحمل تبعات ذلك فلا يمكنه المطالبة بالتعويض. أنظر: عمر سليمان الأشقر. أحكام الزّواج في ضوء الكتاب والسنة. ص 74 و75.

- أمّا الفقهاء المعاصرون فالمسألة سجالٌ بينهم وتحكمها معايير لعلّ أهمّها: طبيعة الخطبة، بالنظر إلى أنّها لا تعدو أن تكون وعدا غير ملزم، وكذا الحرية التي يكون عليها طرفا الخطبة تمهيدا لعقد الزّواج، الأمر الذي قد يترتب عليه في حال العدول المطالبة بالتعويض عن الضرر، ولا سيما المعنوي منه بالخصوص للمرأة المعدول عنها، إعمالا للقاعدة الفقهية "الجواز الشرعي ينافي الضمان"، بمعنى أنّه لا يترتب على شخص ضمان بسبب فعله أو امتناعه شيء إذا كان ذلك جائز شرعا، لأنّ إباحة الشارع ذلك يقتضي رفع المسؤولية عنه. أنظر: مصطفى أحمد الزرقا. الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد. المدخل الفقهي العام. ج 2 ص 1035، بالإضافة إلى أنّ الضرر ولا سيما التغيير يجب أن يُجبر فلا ضرر ولا ضرار، وبذلك فلا بدّ من التعويض.

(3) عبد الهادي بن زينة. تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري. ص 112.

وقد جاء قانون الأسرة عامًا في هذه الجزئية بالذات ولم ينصّ على تبين الطريقة أو الآلية المعمول بها في تقدير هذه الأضرار، لكن يمكن إيجاد بعض التفاصيل في المنظومة القانونية الجزائرية، ولا سيما القانون المدني من خلال المادة 131 التي تنصّ على: "يقدّر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقاً لأحكام المادتين 182 و 182 مكرر، مع مراعاة الظروف الملابسة، فإن لم يتيسّر له وقت الحكم أن يقدّر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضطرور بالحقّ في أن يطالب خلال مدّة معيّنة بالنظر من جديد في التقدير".

من خلال تفحص هذه المادة يتّضح جلياً مدى المرونة الموضوعة في أحكامها، من خلال عدّة جوانب: من ضمنها جعل التعويض في يد القاضي الذي له دُربة في هذا المجال من خلال الإحتكاك المتواصل والممارسة القضائية في عديد القضايا المماثلة⁽¹⁾، وعدم جعل المجال مفتوحاً أمام المتقاضين للمطالبة بمبالغ التعويضات وإمكانية حدوث التعسف والمغالاة، ووضع حدّ لها من خلال السّلطة التقديرية الممنوحة للقضاة قانوناً، وهذا بالرّجوع إلى المادة 182 من القانون المدني التي تضمّنت دور القاضي في تقدير التعويض لاسيما إذا لم ينص القانون على ذلك، وفقاً لنصّ المادة: "إذا لم يكن التعويض مُقدّراً في العقد، أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدّره، ويشمل التعويض ما لحق الدّائن من خسارة وما فاتته من كسب...".

وفي نطاق قانون الأسرة ولا سيما المادة الخامسة منه، فإنّ الحديث عن تعويض الأضرار جاء شاملاً للمادية منها والمعنوية، وقد تأثّر المشرّع بالطّروحات الفقهية التي انقسمت بشأن مدى التعويض عن الأضرار المادية إلى ثلاثة آراء؛ فيرى رأي أول أنّ الخطبة ليست عقداً فلا طائل من وضع التعويض عن الأضرار المادية أو المعنوية، فلا تعويض جرّاء العدول عنها، على اعتبار أنّ طرفاها يعلمان مُسبقاً بقدرة الطّرف الآخر على العدول، لأنّ هذه المرحلة تسبق الزّواج وليست زواجا وبالتالي فهما مُحضّرين لهذا الإحتمال، والإستعداد لإمكانية ترتيب الضّرر مادياً كان أو معنوياً وهذا عملاً بأحكام القاعدة الفقهية "الجواز ينافي الضّمان"⁽²⁾.

وذهب رأي ثاني إلى أنّ العدول عن الخطبة في حدّ ذاته ليس مُوجباً للتعويض، فالخاطب أو المخطوبة إنّما يُمارسان حقّهما العادي في العدول، لاسيما وإن لاحظنا عدم إمكانية الإستمرارية في العلاقة المنشئة للزّواج فيقرّران الانفصال درءاً لمضارٍ قد تتحقّق إذا نشأ الزّواج، فالضّرر موجب للتعويض في كلّ الأحوال حتى لو

(1) يشترط في الضّرر الذي يستوجب التعويض أن يتمّ التعدي حقيقة على حقّ أو مصلحة مالية للمتضرّر، وأن يكون متحقّقاً مع إمكانية التعويض عن الضّرر المستقبلي وتفاوت الفرصة، واستثناء الضّرر المُحتمل من التعويض لحين تحقّقه، فضلاً على ثبوت عدم تعويضه سابقاً، وأن يكون شخصياً وإمكانية انصرافه لا سيما إذا كان معنوياً إلى الأزواج والأقارب من الدرجة الثانية. (أنظر: العربي بلحاج . النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ج 2 ص 157...168).

(2) بحسب هذا الرأي فالخروج من الوظيفة وشراء الأثاث كلّها تصرفات مستعجلة يُنصح بعدم ممارستها أثناء فترة الخطبة، وإنّما المطلوب هو التّأني وعدم التّسرع في الإنسياق في مثل هذه التّنازلات التي ترتّب مشاكل عديدة يصعب علاجها، ولذلك على المخطوبة أن تتّسم بفصائل الأخلاق مع خطيبها أثناء فترة الخطبة لأنّ هذه المسألة لا علاج لها في الفقه الإسلامي، وأن لا تخرج معه كونها لا تزال أجنبية عنه فإذا فعلت تحملت الأثار الأخلاقية. (أنظر: عمر سليمان الأشقر. أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة. ص 77؛ محمد أبو زهرة. محاضرات في عقد الزواج وأثاره. دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ط2، 1971. ص 67).

كانت الخطبة مجرد وعد بالزواج، ولا سيما حدوث أفعال مُصاحبة للعدول تكون مستقلة وخارجة عن العدول وتسبب وقوع الضرر، الأمر الذي ينشئ المسؤولية المدنية على أساس الفعل الخطأ المتسبب في حدوث الضرر الموجب للتعويض، فالضرر موجب للتعويض في كل الأحوال⁽¹⁾.

وذهب رأي ثالث إلى أنّ التعويض المطلوب ليس ناشئاً عن العدول في حد ذاته، بل منشأه التعسف في استعمال الحق في العدول جرّاء عدم الحيطة والتي ترتب أضراراً غير مبرّرة، فالحق في ممارسة العدول ليس مُطلقاً بل إنّّه مقيد بضابط عدم التعسف في ممارسته، وفي حالة تجاوز القدر المسموح يجب التعويض عن الأضرار الناشئة⁽²⁾، حيث يعتبر العدول عن الخطبة من غير باعث جدي من أهم تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق⁽³⁾، والأحرى أن يتم وضع سقف محدّد أو معيار واضح لتبيين مدى التعسف في هذه الجزئية لاسيما عدم جدية الخاطب أو المخطوبة⁽⁴⁾، فمن حقهما العدول لكن بشرط عدم التعسف في استعمال هذا الحق، وهذا بغية سدّ الذرائع أمام العادلين عن الخطبة بحجج واهية، وبالتالي التخفيف من المنازعات الأسرية في هذه المرحلة التعارفية⁽⁵⁾.

كما أنّ الأضرار المعنوية لا تكون مدعاة للتعويض بمجرد العدول عن الخطبة، باستثناء مصاحبة العدول لتصرفات معنوية من شأنها التغيير بالطرف الآخر، كالإغواء أو أي تصرف غير شرعي بين الخطيبين عن طريق الخداع والمواعدة، بشرط عدم رضا الطرف المتضرر بهذه الأفعال، فهذه المسائل تضبطها قواعد شرعية ينبغي مراعاتها تجنباً لأضرار يصعب تداركها، لاسيما وأنّ القول بالتعويض في هذا الشق من الأضرار هو خارج عن دائرة المجتمع الإسلامي، وبالتالي فطريقة تعويضه مُتبناة من خلال مصادر خارجة عن نطاق الدائرة

(1) وفقاً لهذا الرأي فالعدول عن الخطبة يرتب ضرراً والضرر يُزال، وطريقة إزالته تكون عن طريق التعويض، فهذا الرأي شامل من حيث التعويض عن الأضرار المترتبة عن ممارسة الحق في العدول عن الخطبة، فذلك لا يمنع من نشوء التزامات من أحد الأطراف تكون مقومة بالمال ويتحمّل بذلك مغارم مالية يجب التعويض عنها. (أنظر: عمر سليمان الأشقر. أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة. ص 75. مصطفى أحمد الزرقا. الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد. المدخل الفقهي العام. ج 2 ص 993. محمد أبو زهرة. الأحوال الشخصية. ص 36).

(2) عبد الهادي بن زينة. تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري. ص 104.

(3) العربي بلحاج. النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري. ج 2 ص 134.

(4) الرشيد بن شويخ. شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية. دار الخلدونية، القبة القديمة، الجزائر، ط 1، 2008. ص 44.

(5) هذا الرأي لا يمنع التعويض كلياً وإنّما يربطه بالظروف المُصاحبة للعدول عن الخطبة وليس العدول في حد ذاته، فإذا لم يرافق العدول أسباب معقولة فذلك حتماً يوجب التعويض، فالضرر الموجب للتعويض ناشئ على أساس المسؤولية التقصيرية، وليس على أساس المسؤولية العقدية لأنّ الخطبة ليست عقداً، على أن يرافق العدول أعمال أو أخطاء من شأنها إلحاق أضرار بالطرف الآخر وتكون مُستقلة تماماً عن الطرفين، وتسبب هذه التصرفات أضراراً مادية أو معنوية فهي حرة بأن تخضع للتعويض، على هذا الأساس يمكن شطر الضرر إلى شقين: الشق الأول هو الذي ينشأ لأحد الطرفين دخل فيه وهذا يستوجب التعويض لأنه تغيير، أمّا النوع الثاني فهو الضرر الناتج عن مجرد العدول وهذا الضرر لا يُعوض. (أنظر: أسامة عمر سليمان الأشقر. مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق. دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط 1، 2000. ص 61: عبد العزيز عامر. الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء. دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ط 1، 1984. ص 67: محمد أبو زهرة. الأحوال الشخصية. ص 37. محاضرات في عقد الزواج وأثاره. ص 67).

الإسلامية، والتدرّج بتغيير نمط الحياة واضطراد عاداتها⁽¹⁾، ومع ذلك يجب مراعاة أنّ المخطوبة تبقى أجنبية على الخاطب حتى إبرام العقد⁽²⁾.

من خلال كلّ هذه الآراء والتّجاذبات يمكن الوصول إلى تركية الرّأي الأخذ بالتّعويض عن الأضرار المادية والمعنوية، بشرط عدم ربط التّعويض بمجرّد العدول عن الخطبة بل بسبب مُصاحبة هذا التّصرف لأعمال أخرى ليست من طبيعة العدول وتضرّر بالمتضرّر، لأنها جاءت بسبب التّدليس، خاصة وأنّ الشّريعة الإسلامية حدّدت الخطوط الواجب مراعاتها في هذه الفترة الإنتقالية التي قد يظنّها البعض على أنّها زواج فيقدمون على أفعال قد تُصبح محلّ مطالبة بالتّعويض فيما بعد.

بالرجوع إلى المشرّع الجزائري فقد عالج هذه المسألة من خلال الفقرة الثالثة من المادّة الخامسة من قانون الأسرة بنصّها على: "إذا ترتّب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطّرفين جاز الحكم له بالتّعويض".

يمكن ملاحظة أنّ المادّة جعلت التّعويض عن العدول مُمكنًا سواء كان الضّرر ماديًا أو معنويًا، وهو ما يُخالف مضمون الفقرة الثانية من نفس المادّة "يجوز للطّرفين العدول عن الخطبة"، بمعنى أنّها جعلت العدول ممكنًا للطّرفين ثمّ عادت وحملت الطّرف العادل المسؤولية في حال عدوله، فمادام أنّ العادل يمارس حقّه فلماذا يتحمّل تبعات هذه الممارسة المشروعة.

في السياق ذاته ودائمًا في إطار نفس الفقرة يتّضح أنّ المشرّع قد نصّ على "جواز" التّعويض في حالة حدوث أضرار مادية أو معنوية، وهذا يتنافى مع نصّ المادّة 124 من القانون المدني والمُرتبة لآثار المسؤولية التقصيرية بنصّها على: "كلّ فعل أيا كان يرتكبه الشّخص بخطئه، ويُسبّب ضررًا للغير يلزم من كان سببًا في حدوثه بالتّعويض"، وعلى هذا الأساس فالمادّة تلزم من أخطأ وسبّب بخطئه ضررًا للغير بالتّعويض ولا تجعله على محمل الجواز، وكان حرّيًا به أن يجعل صياغة المادّة الخامسة من قانون الأسرة ولاسيما ما تعلّق منها بالتّعويض عن الأضرار الناشئة عن العدول عن الخطبة في إطار المفهوم العام للمادّة 124 من القانون المدني، أي تحميل المتسبّب في الضّرر بوجوب التّعويض وليس جوازه.

وينبغي أن يشمل التّعويض الأضرار المادية والمعنويّة إذا حدث عدول عن الخطبة⁽³⁾، وهو ما أخذ به المشرّع الجزائري في الإطار العامّ بتعويض الأضرار المادية وكذا المعنوية، ولا أدلّ على ذلك نصّ المادّة 182 مكرّر

(1) أسامة عمر سليمان الأشقر. مستجدات فقهية في قضايا الرّواج والطلاق. ص 78.

(2) ورأى البعض أنّ التّعويض مقتصر فقط على الرّجل فإن تمّ العدول من المرأة فلا تعويض للرّجل لأنّ الرّجال لا يتضرّرون من ذلك ولا تلحقهم أذية، على العكس من المرأة التي وإن تمّ العدول عنها من الرّجل فذلك يمس شرفها وسمعتها، ويجعلها محلّ شبهة وظنّ من الناس حول أسباب العدول عنها وعليه فهي تستحقّ التّعويض. (أنظر: بدران أبو العينين بدران. أحكام الزواج والطلاق في الإسلام. ص 40).

(3) "En ce qui concerne le préjudice, la jurisprudence a commencé par admettre le remboursement des dépenses engagées à l'occasion des fiançailles en vue du mariage et qui devenaient inutiles...enfin la jurisprudence admet la réparation d'un

من القانون المدني التي نصّت على تعويض الأضرار المعنوية: "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كلّ مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة".

تجسّد مرونة هذه المواد كذلك من خلال وجوب مراعاة الظروف الملائمة للقضايا محلّ التعويض، الأمر الذي لا يعدو أن يكون ترجمة إجرائية للفقرة النّاصة على التعويض في المادة الخامسة من قانون الأسرة، فالقاضي وأثناء نظره في قضية العدول عن الخِطبة يجب عليه الإحاطة بالعدول والظروف التي وقع فيها حتى يتمكّن من التّقدير الملائم للتّعويض مُسيرا في ذلك جسامته الضّرر الواقع والمبالغ التي سوف يحكم بها كتعويضات.

تمتد مظاهر المرونة الموضوعية في المادة 131 من القانون المدني كذلك من خلال إدراج عامل الزّمن في تقدير التعويض، بترك هامش زمني للقاضي بغية التّقدير التّحائيّ للتّعويض إذا لم يستطع الإحاطة الكافية بالتّقدير والظروف المُنشئة للضرر، وهذه الفرصة إنّما تصبّ في صالح المتضرّر من خلال قدرته على المطالبة بإعادة النّظر والتّقييم في مبالغ التعويضات.

جاءت اجتهادات المحكمة العليا في هذا المنحى من خلال تكليف القضاة بتقدير الأضرار ومن ثمّة تقييم التعويض وتقريره والحكم به من خلال السلطة التقديرية وفقا للإجتهاد القضائي: "من المقرّر قانونا أنّ تقدير الضرر مسألة موضوعية من اختصاص وتقدير قضاة الموضوع"⁽¹⁾.

وراعت قرارات المحكمة العليا مسؤولية الطّرف العادل وحملت التعويض، ومن ذلك القرار الذي نصّ في تفاصيله على: "...ولمّا ثبت من- قضية الحال- أنّ الطاعنة هي التي عدلت عن إتمام الزّواج وبدون مبرّر شرعي أو قانوني، فإنّه لا يمكن والحالة هذه تحميل - المطعون ضده- بالخسائر والأضرار المترتبة عن ذلك..."⁽²⁾.

فبإعمال المفهوم المخالف لنصّ هذا الإجتهاد القضائي أي أنّه لو عدل الرّجل عن إتمام الخطبة لاستحقت المرأة التعويض، حيث أنّ المرأة هي التي عدلت دون مسوّغ وبدون مبرّر شرعي وطالبت بالتّعويض، والأخرى أنّها هي التي تدفع التعويض للرّجل المعدول عنه عملا بأحكام المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري.

هذا ورأت المحكمة العليا في اجتهاد آخرته: "من المقرّر قانونا أنّ الإقرار القضائي هو اعتراف الشّخص بواقعة قانونية مُدعى بها أمام القضاء وهو حجة قاطعة على المقرّر، ومن المقرّر أيضا أنّه إذا ترتّب على العدول على الخطوبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطّرفين جاز الحكم بالتّعويض. ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذين المبدئين يُعدّ خرقا للقانون، ولمّا كان من الثابت- في قضية الحال- أنّ المجلس القضائي بإلغائه الحكم المستأنف ورفضه الدعوى المتضمّنة طلب تعويض من الطاعن على الضرر الذي أصيب به بالرغم من

simple préjudice moral" (voir : Daniel Mainguy . Droit Civil- Les Personnes, La Famille les personnes physiques- faculté de droit , université de montpellier1, France, volume1, 2009,2010.p129).

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية - قرار صادر بتاريخ 16/03/1999 ملف رقم 216865 - عدد خاص. ص 256.

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 13/07/1993 ملف رقم 92714 - (المجلة القضائية لسنة 1995. العدد الأول . ص 128).

إقرار المطعون ضدها بفسخ الخطوبة أمام القضاء يكونوا قد خالفوا القانون. ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه⁽¹⁾، فالملاحظ أنّ هذا الاجتهاد يصبّ في إطار المعنى العام للمادة الخامسة حيث تمّ النصّ على جوازية التعويض وليس وجوبه، وهو الأمر الذي يمكن تبريره بأنّه لا اجتهاد يخالف النصّ القانوني، كما أنّ النصّ الإجمالي قد جعل التعويض لصالح الرّجل الذي عُدل عنه من طرف المخطوبة التي أقرّت بذلك أمام القضاء، ومن ثمّ وبإعمال نصّ المادة الخامسة من قانون الأسرة فإنّها مُطالبّة بأداء التعويض عن هذا التصرّف تجاه الخاطب، ما يعكس المساواة الموجودة في نصّ المادة وعدم حصر التعويض على الرّجل الخاطب فقط.

كما أنّ التعويض عن الأضرار الناشئة عن العدول عن الخطبة يكون نقدا بغرض جبر الأضرار وذلك ما أشارت إليه المادة 132 من القانون المدني الجزائري: "يعيّن القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف، ويصحّ أن يكون التعويض مقسّطا، كما يصحّ أن يكون إيرادا مرتّبا، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدّم تأمينا. ويقدر التعويض بالنقد..."، ويشمل هذا التعويض الأضرار المادية منها والمعنوية حيث أصبح من غير الممكن التفرقة بين الضّرين⁽²⁾، والأصل أنّ التعويض في هذا الإطار يكون نقديا والاستثناء أن يكون عينا، فمن خلال نصّ هذه المادة يتبيّن أنّ الحكم بالتعويض المعنوي جوازي للقاضي متى استدعت الظروف ذلك، وطلب المتضرّر متى كان التنفيذ ممكنا من غير إرهاب للمسؤول عن الضّرر، على أنّ ذلك منوط بالسلطة التقديرية للقاضي بدون تقيّد لطلبات الخصوم⁽³⁾.

إنّ من دلائل مرونة النصوص القانونية وملاءمتها للواقع ضرورة مراعاة جميع الظروف التي أدّت للعدول وطريقة التعويض، وعدم تحميل الطّرف العادل فقط المسؤولية في وقوع الأضرار، بل لا بدّ من طرح فرضية إسهام الطّرف الآخر في وقوع العدول، ومن ثمّ التسبّب في نشوء الضّرر، وهو ما عالجّه المشرّع الجزائري من خلال نصّ المادة 177 من القانون المدني بنصّها على: "يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو لا يحكم بالتعويض، إذا كان الدّائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضّرر أو زاد فيه"، فإذا تسبّب الخاطب أو المخطوبة بنسبة معيّنة في وقوع الأضرار كان ذلك بمثابة الواقعة القانونية المنقّصة أو المانعة للحكم بالتعويض حتى ولو تمّ العدول عنه، لأنّ ذلك من مقتضيات المنطق والعدالة.

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1989/12/25 ملف رقم 56097 - (المجلة القضائية لسنة 1991، العدد الرابع، ص 102).

(2) أصالة كيوان كيوان. (تعويض الضّرر المتغيّر). مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية العدد الثالث، المجلّد 27 الصادر في 2011، ص 564.

(3) العربي بلحاج . النّظرية العامّة للالتزام في القانون المدني الجزائري . ج 2 ص 270 و 271.

كما أنه يجب أن يُراعى في أثناء هذه المرحلة اتخاذ التدابير اللازمة على نحو يكفل تعويض المضرور عن الضرر الذي قد يمتدّ زمنيا بطبيعته، بما في ذلك النص صراحة في الحكم على إمكانية المطالبة بالتعويض التكميلي لاسيما إذا ثبت تفاقم الضرر⁽¹⁾.

على هذا الأساس كانت المواد المعالجة للتعويض جدّ فضفاضة، من خلال مراعاتها للظروف التي حصل فيها العدول وإسهام كلّ من الخاطب والمخطوبة في ذلك، والأمر موكول للقضاة وفقا لسلطتهم التقديرية من خلال ترضية المضرور وكذا تكييف الحالات الملائمة⁽²⁾.

كما أنّ تقدير التعويض يدخل في صلب اختصاص قاضي الموضوع وهذا لا يعني أنّ محكمة الموضوع لا تخضع مطلقا لمحكمّة النقض، فيجب على القاضي أن يُبين في حكمه عناصر الضرر الذي يقضي من أجله بالتعويض حتى يتسنى لمحكمّة النقض أعمال الرقابة على صحّة القواعد التقديرية للتعويض⁽³⁾.

من خلال ماتمّ استعراضه من دقائق وتفصيل وبعد الوقوف على مواطن القصور يُمكن إقتراح صياغة الجزء الخاص بالتعويض عن الأضرار الناشئة من المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري كالتالي: "إذا نشأت أضرار مادية أو معنوية جرّاء مُصاحبة العدول عن الخطبة لأفعال مستقلة عنه وجب الحكم للطرف المتضرر بالتعويض".

يهدف هذا الإقتراح إلى رأب القصور الموجود على مستوى المادة الخامسة، لاسيما وأنّ العدول في حدّ ذاته لا يترتب المسؤولية تجاه الطرف العادل لأنّه يجوز له بموجب نفس المادة، وإنّما يتمّ تقرير التعويض وجوبا إذا صاحب العدول أفعال تفريرا أو خداع تضرر بالطرف المعدول عنه رجلا كان أو امرأة، وهذا بغية خلق تناسق كلّ بين قوانين المنظومة الواحدة تفاديا لأي تناقض.

المطلب الثاني: مصير المال المُقدّم على اعتبار أنّه مهر في حال العدول.

لم تتطرّق المادة الخامسة لموضوع المال الذي قد يدفعه الخاطب للمخطوبة على أساس أنّه صداق، ظلّا منه أنّ الأمور ستستسرّ باتّجاه الزّواج، وقد يحدث العدول سواء منه أو منها، ما يجعل مصير هذا المال محلّ نزاع أحيانا بين طرفي الخطبة، ولذلك وجب التّظّير في هذه المسألة وفقا لما يلي:

الفرع الأول: طبيعة المال المدفوع على أنّه صداق.

الفرع الثاني: التصرف في المال المدفوع على أساس أنّه صداق.

الفرع الثالث: مُراعاة الجوانب الإجرائية في الخطبة.

(1) عصام زغاش وآخرون. (التعويض عن الضرر المعنوي في التشريع الجزائري). مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء. المدرسة العليا للقضاء. الدفعة الخامسة عشرة 2004-2007 ص 19.

(2) عبد الهادي بن زينة. تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري. ص 112.

(3) مقدم سعيد. نظرية التعويض عن الضرر المعنوي. ص 204.

الفرع الأول: طبيعة المال المدفوع على أنه صداق.

أثناء الخطبة قد تطلب المخطوبة من الخاطب أن يدفع لها مالا على أساس أنه صداق، بغية استعدادها للزواج عن طريق التجهز، ولأن مثل هذه الحالة كثيرة الحدوث في المجتمع الجزائري، فذلك يربّث إشكالا حقيقيا إذا حدث العدول، وبخاصة لما يتعلق الأمر عند الخلط بين هذا المال وهدايا الخطبة من جهة، ومن جهة أخرى، اعتباره صداقا وهو أمر لا يستقيم، فالنص على حالات استحقاق الصداق جاء في إطار المادة 16 من قانون الأسرة الجزائري بنصها على: "تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول، أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول"، فاستحقاق الصداق كاملا أو نصفه منوط بالدخول أو بعقد الزواج، ولم يتطرق المشرع الجزائري في إطار قانون الأسرة لهذه الحالة التي تحدث كثيرا وتشكل نزاعات جديدة.

أولا: مصير المال المدفوع على أنه صداق بعد العدول عن الخطبة.

تطلب المخطوبة تسبيق المال قبل انعقاد عقد الزواج بهدف اقتناء ما يلزم لتحضير الزواج، فعلمها ردّ المال المؤدّى إليها إذا تمّ العدول عن الخطبة أيّا كان سببه أو من قام به، وعلى كلّ يُعتبر من الصداق ما جرى عليه عُرف النَّاس، بتقديمه للزوجة قبل الزفاف وهو ما يعرف في الجزائر بالجهاز، وكذلك ما يقدمه الزوج لزوجته بعد الدخول، وهذا ليس على سبيل الهدايا، ويلحق بالصداق ما التزم به الزوج حتى لو لم يتمّ النص عليه في العقد، إلّا إذا اشترط إبعاده، وقت العقد⁽¹⁾.

فالأحرى أن يتمّ استرجاعه لأنّه من أحكام عقد الزواج الذي لم يتمّ بعد، فالخطبة ليست زواجا، فكان له أن يسترجع ما دفع بهذه الصّفة إن كان قائما، وإذا لم يكن قائما بعينه فإنّه يستردّ مثله إن كان مثليا، وقيّمته إن كان قيميا⁽²⁾، فإذا قدّم الخاطب المال المعتبر صداقا كلّهُ أو جزءا منه فله الحقّ في استرداده عينا إذا كان قائما، أو مثليا إذا كان هالكا أو مُستهلكا، وذلك لأنّ الصداق إنّما يجب بالعقد، فالمال إنّما دُفع لغرض الزواج ففي صورة ما لم ينعقد فيجب استرداده⁽³⁾.

لقد حاولت المحكمة العليا من خلال اجتهادها مُضاهاة هذا المنحى من خلال مايلي: "من المقرر قانونا أنّه عند الطلاق قبل البناء تستحق الزوجة نصف الصداق (م16 من ق.أ). ولما كان ثابتا- في قضية الحال- أنّ قضية الموضوع طُبّقوا المادة 5 من قانون الأسرة على الطلاق قبل البناء، وقضوا بإرجاع الصداق كاملا على أساس أنّ العدول عن الخطبة كان من طرف الطّاعنة، رغم أنّ عقد الزواج قد تمّ بين الطرفين، فإنّهم بقضائهم كما فعلوا أخطأوا في تطبيق القانون، ممّا يستوجب نقض القرار المطعون فيه"⁽⁴⁾.

(1) الغوثي بن ملح. قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء. ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط 2، 2008. ص 56.

(2) عبد العزيز عامر. الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء. ص 25.

(3) العربي بلحاج . الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. ج 1 ص 53.

(4) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية – قرار صادر بتاريخ 1993/10/16 ملف رقم 96801 – (المجلة القضائية لسنة 2001. عدد خاص. ص 266).

يُظهر هذا النص الإجهادي بوضوح الخطأ الذي وقع فيه القضاة من خلال الحكم بردّ المهر بعد انعقاد الزواج، بحجة أنّ العدول عن الخطبة جاء من طرف المخطوبة، وهذا لا يستقيم لأنّهم طبّقوا نص المادة الخامسة من قانون الأسرة على علاقة زوجية قائمة بإنشاء العقد، فالمخطوبة وبإعمال المفهوم المخالف لهذا الإجهاد القضائي مطالبة بردّ المهر للخاطب سواء كانت هي العادلة أو المعدول عنها.

إنّ هذا النص الإجهادي يتناقض مع النص الإجهادي⁽¹⁾ والذي يمكن اقتباس بعض المقتطفات منه كما يلي: "...قضى فيه نهائيا بقبول الإستئناف شكلا وبالمصادقة مبدئيا على الحكم المستأنف وتعديلا له القول بأنّ مسؤولية الطلاق قبل البناء تقع على عاتق المستأنف عليها(م.و)، وبالتالي إلغاء الحكم المستأنف فيما قضى فيه بالأثاث والمصوغ وبنصف الصّدق لصالح المستأنف عليها، ومن جديد بأن تؤدي مبلغ الصّدق المقدّر بألف دينار إلى المستأنف، ومبلغ عشرين ألف دينار تعويضا له عن الأضرار اللاحقة به، مع تمكينه من جميع الهدايا المقدّمة لها من طرفه حسب القائمة المرفقة والمذكورة في منطوق هذا القرار...وقد أتاح المادة الخامسة من قانون الأسرة للخاطب أن يستعيد كل ما لم يُستهلك من الهدايا، إذا عدلت المخطوبة عن الخطوبة، فأحرى وأولى أن يكون له ذلك في حالة عدول الزوجة عن إتمام الزواج دون مبرّر شرعي أو قانوني، كما هو الشأن في قضية الحال التي لم يخطيء القضاة في شأنها بتطبيق أي نص قانوني، خاصة المادة الخامسة من قانون الأسرة".

لقد زكّت المحكمة العليا من خلال هذا النص قرار القضاة بأحقية الزوج في استرداد هداياه من الزوجة التي رفضت إتمام عقد الزواج، وطبّقوا عليه أحكام المادة الخامسة وهذا غير منطقي، لأنّه وبمجرد انعقاد الزواج بين الطرفين ينتهي مع ذلك الحديث عن الخطبة وآثار العدول عنها، فالزوج ليس له الحقّ في طلب استرداد الهدايا طالما فوّت على نفسه ميعاد ذلك وهو فترة الخطبة.

ثانيا: المُعالجة القانونية للمال المدفوع على أنّه مهر.

إنّ الخلط الواقع في المفاهيم بين مُسمّيات عديدة داخل المجتمع الجزائري بين الصّدق والجهاز والشرط ولّد العديد من التّزايدات الأسرية، و يحسُن توجيه المجتمع للتّخلي عن هذه العادات التي حقّا أصبحت حجر عثرة في تكييف المبالغ المدفوعة، حتى يمكن تحديد حقّ كلّ طرف، لأنّه في حالة نشوء التّزاع بين الطرفين؛ يحاول الزوج الدّفع بأنّ الجزء الأكبر من المال المدفوع هو صدق، إذا كان الفصل سيصبّ في صالحه، ونقيض الأمر بالنّسبة للزوجة التي تدفع أيضا بأنّ الجزء الأقل هو الصّدق⁽²⁾.

(1) لحسين بن الشيخ آث ملويا. المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية. دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2005. ص 126 و 128، (أنظر: المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 13/07/1993 ملف رقم 92714 - (المجلة القضائية لسنة 1995. العدد الأول. ص 128).

(2) عيسى حداد. عقد الزواج دراسة مقارنة. منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، 2006. ص 195.

ولتفادي هذا الإشكال ينبغي تكييف المال المؤدى للمخطوبة في فترة الخطبة على أساس أنه دين في ذمتها، ويتم إبرؤها من هذا الدين بإبرام عقد الزواج، فلا يمكن لهذا المال أن يكتف على أنه صداق أو عوض لارتباط المفهومين بانعقاد عقد الزواج.

إنّ اعتبار هذا المال المقدم على أساس أنه عقد دين، يؤدى بالضرورة إلى إخضاعه لفكرة القواعد العامة للإثبات المنصوص عليها في القانون المدني، ولا سيما المادة 333 والتي تشترط الكتابة إذا كان المبلغ مائة ألف دينار جزائري أو غير محدد القيمة⁽¹⁾.

بإعمال أحكام هذه المادة فإنّه وحتى يتم إثبات هذا الدين يتوجب إخضاع هذا العقد إلى المعيار الشكلي من حيث ضرورة الكتابة الرسمية، وذلك حفاظا على الحقوق، لأنّ طرفا الخطبة يتحملان المسؤولية في دفع وقبول هذا المال لارتباطه بعقد الزواج فقط، ولا سيما الخاطب الذي قد يطلب ضمانات مؤسسة صونا لماله في حال العدول عن الخطبة منه أو من المخطوبة، وعلى الأخيرة تفهم ذلك.

كما أنّ هذا الإجراء بإمكانه أن يمسّ عنصر الثقة المتبادلة بين الطرفين خصوصا في هذه الفترة التي تنبني على المجاملات، التي تهدف بالأساس لبناء وتنمية الثقة بينهما، وعلى هذا الأساس ينبغي عليهما التحلي بالموضوعية وضرورة الاحتكام إلى القانون في حالة التنازع، ولذا وجب التمييز بين المجاملات والضرورات القانونية.

إنّ مطالبة المخطوبة بالمال خلال فترة الخطبة بغية التجهيز، يجعلها ضامنة لهذا الدين، وبقبول الخاطب على دفعه فإنّه موافق ضمنا على التصرف في المال، ويمكن أن يكون الاتفاق صريحا على ذلك.

ثالثا: أثر الفاتحة على المال المؤدى على أنه مهر.

قد يثار إشكال يتعلّق باستلام المخطوبة المال في مجلس العقد، حيث يمكن اقتران الخطبة بالفاتحة، وينشأ على ذلك اعتباره زواجا بتوافر عناصره، من خلال المادة السادسة من قانون الأسرة الجزائري التي نصّت على: "غير أنّ اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرّر من هذا القانون".

ولكن الإشكال يظهر في عدم تسجيل هذا الزواج في سجلات الحالة المدنية، وادّعاء المعدول عنها أنّها زوجة، وبالتالي تستحق نصف المهر على الأقل طبقا لنص المادة 16 من قانون الأسرة، ويتمسك الرجل بكونه لم يسجل الزواج بعد، فمن حقّه إذن استرجاع كامل المهر المعجل، لكن الأرجح والأميل إلى المنطق أنّه يجب توثيق عقد الزواج حتى تنتج آثاره، ومن بينها استحقاق المرأة نصف الصداق، والحديث عن الطلاق وليس

(1) نصّت الفقرة الأولى من المادة 333 من القانون المدني على: "في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لو يوجد نص يقضي بغير ذلك".

فقط العدول عن الخطبة، فالمشرع الجزائري لا يعترف بالزواج العرفي، وعليه لا يمكن الادعاء أمام القضاء بما يترتب على الزواج بدون تقديم مستخرج من وثيقة عقد الزواج⁽¹⁾.

كما أنّ فكرة الفاتحة لم تكن محلّ توفيق للمشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة قبل التعديل وبعده، ومردّد ذلك هو أنّ قراءتها وقت الخطبة أو بعدها، وتزامن ذلك مع انعقاد مجلس العقد أو عدمه لا يعتبر زواجا، وهو الأمر الذي لا وجود له عند فقهاء الشريعة الإسلامية؛ ثمّ إنّ المشرع خرج عن عُرف الناس الذين يجعلون من قراءتها مدعاة للتبرّك والتضرّع لله تعالى أن يُيسّر ويُبارك هذا الزواج، وليس من قبيل انعقاده، وهذا ليس من الشرع في شيء⁽²⁾.

إنّ هذا التّكليف للفاتحة يطرح إشكالات كثيرة يصعب الإحاطة بها، فكان لزاما من المشرع وضع حدّ لها من خلال إلغاء وجودها من نصوص قانون الأسرة، لأنّها جاءت كمرحلة بينية تقع بين الخطبة وعقد الزواج، فطالما أنّها ليست عقدا إلّا باستحضار باقي العناصر الأخرى، فما الفائدة المرجوة من إعطائها البعد القانوني خاصّة وأنّ الناس دأبوا على جعلها وسيلة للتبرّك لا غير.

الفرع الثاني: التصرف في المال المدفوع على أساس أنّه صداق.

بعد قبض المخطوبة للمال المدفوع لها مسبقا على أساس أنّه مهر يهدف شراء الجهاز، تُبادر للتصرف فيه، ويعتري الأمر إشكال في حال حدوث العدول لا سيما إذا اقتنت أشياء عينيّة، أو زادت من مالها الخاص.

أولا: تصرف المخطوبة في المال بشراء الجهاز.

يُثار الإشكال في حالة ما تصرفت المخطوبة في المال وقامت بشراء حاجيات للزواج ثم حدث العدول من طرف الرّجل، ففي هذه الحالة تعطيه بدل المهر بعض ما اشترته من متاع باحتساب قيمته يوم الشّراء، لكيلا يكون ضرر ولا ضرار⁽³⁾، وهذا حتى لا يتمّ تكبيدها عناء تعويضه عن مبالغ قد لا تطيقها وهي التي كانت حسنة النية من خلال اقتنائها لحاجيات الجهاز.

إنّ هذه النقطة محلّ جدل بين أطراف الخطبة خاصّة وأنّ المشرع لم يضبطها بنصّ واضح، الأمر الذي يجعل إيجاد حلّ لها أمرا صعب التحقيق، ولذلك فالمخطوبة بمطالبتها بتعجيل الصّدق أثناء فترة الخطبة تُعتبر مدينة به تجاه الخاطب، لأنّها لا تستحقّه في هذه المرحلة على اعتبار أنّ الخطبة ليست زواجا، وهو تسامح من الخاطب وليس مُجبرا على دفعه طالما لم يتم إبرام عقد الزواج.

فإذا قدّم الخاطب لها المال على أساس غير اتّفاقي يُعتبر ضامنا، والمال المقدّم يدخل في إطار الهدايا وتطبّق عليه بنود المادة الخامسة من قانون الأسرة، أمّا إذا قدّمه لها على أساس أنّه مهر فهنا يُعتبر ديننا في ذمتها وهي مطالبة بأدائه تجاهه.

(1) عبد العزيز سعد. إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية. دار هومة. بوزريعة، الجزائر، 2013. ص 70.

(2) أحمد نصر الجندي. شرح قانون الأسرة الجزائري. دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2009. ص 41 و 42.

(3) محمد أبو زمرة. محاضرات في عقد الزواج وأثاره. ص 65.

ينبغي منطقيا تحميل تبعات ومصير المال المدفوع للطرف العادل، فإذا تصرف فيه فترده على الحالة التي آل إليها إن كان العدول منه، لأن الخطبة هي السبب الذي جعلها تقتني جهازها من المبلغ المدفوع لها على أساس أنه صداق، وترده على الحالة التي سلّم لها إذا كان العدول منها سواء نقدا أو مثله إن كان مثليا، فلا يُرغم الخاطب المعدول عنه على قبول جهاز قد لا يعجبه وبخاصة إذا أراد خطبة امرأة أخرى. تُعتبر هذه الطريقة منطقية وهي تُساير مضامين المادة الخامسة التي تُحمّل الطرف العادل عن الخطبة المسؤولية عن الهدايا وطريقة استردادها.

على هذا الأساس يمكن إيجاد حلّ لهذه المعضلة من خلال التفريق بين ما إذا كان العدول من الخاطب أو المخطوبة؛ فلو كان من الخاطب فهو يتحمّل تبعات المال، وذلك بتسلّم الأشياء التي تمّ شراؤها على الحالة التي آلت إليها، فلو بقي أحد الدائنين لم يستوف حقه كالخياط أو النجار كان للرجل أن يدفع له دينه، ولا تجبر المخطوبة على تملك هذه الأشياء التي اشترتها بسبب نيّة الزواج، وكان الخاطب هو السبب في هذه التصرّفات. وبالمقابل إذا كان العدول من المخطوبة كان لزاما عليها أن تردّ المال كما هو، ولا يقبل الخاطب على أخذ ما اشترت من أشياء من المال المدفوع على أنّه مهر، لأنّه في صورة ما باعه سوف يبيعه بأقلّ من ثمنه، فيجمع بالتالي بين ضررين: ضرر العدول عنه، وضرر إنقاص قيمة مهره⁽¹⁾.

كما يمكن تصوّر حلّ آخر يصبّ في نفس المعنى المتمحور حول تحميل العادل المسؤولية، فإذا كان العدول من الخاطب؛ فللمخطوبة الخيار بين مثل التّقد أو تسليم الجهاز، وأمّا إذا كان العدول من المخطوبة فعلمها ردّ مثل الصّدق أو قيمته، فلا يمكن أن يلحق الرجل الأذى بالمرأة بسبب العدول، ثم تتكبّد الخسارة المادية من خلال تحمّلها لجهاز ومصاريف لم تعد بحاجة إليها⁽²⁾.

ثانيا: زيادة المخطوبة من مالها الخاص في اقتناء الجهاز.

قد تُثار جزئية أخرى تتجلى في حال ما تصرف المخطوبة في المال المدفوع لها على أساس أنّه مهر وزادت عليه من مالها واقتنت أثاثا مثلا، ففي هذه الحالة إذا تمّ العدول منه فإنّه يختار بين أن يأخذ الأثاث ويعطيها ما دفعت لشرائه، أو يطلب ما دفع من مال نقدا، أمّا إذا عدلت هي فتردّ له الأثاث على الحالة التي آل إليها ويردّ لها الفارق الذي زادته.

فيُراعى في مسألة المال المدفوع حسن النية والخضوع للمسؤولية التقصيرية المترتبة جرّاء حصول الضرر الناشئ عن الخطأ والذي يستوجب التعويض وفقا لنصّ المادة 124 من القانون المدني الجزائري، فمتى

(1) نصر سلمان. أحكام الخطبة والزواج في الشريعة الإسلامية. دار ابن كثير للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2007، ص 43 و44.

(2) العربي بلحاج. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث إجهادات المحكمة العليا) أحكام الزواج. ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط 6. 2010. ج 1 ص 97.

- في هذا الشأن رأى المالكية أن تشطر المرأة ما اشترت إلى نصفين، فتأخذ النصف، ويأخذ الرجل النصف الآخر، فلا ترغم على الاحتفاظ بالجهاز كلّ، وإرجاع نصف قيمة الصّدق نقدا. (أنظر: الدردير. الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك. ج 2 ص 456 و457).

حدث العدول عن الخطبة فذلك يستلزم ردّ المال بصرف النّظر على تفاصيل ذلك، مع مُراعاة إمكانية التعويض إذا ثبت خطأ المخطوبة بسبب تقصيرها في ردّ المال، لأنّها سواء كانت عادلة أو معدولا عنها فهي لا تستحقّه بصفته مهرا إلّا بانعقاد العقد.

ففكرة هذا المال المقدّم على أساس أنّه صداق تحكمه ثلاثة اتّفاقات في هذه المرحلة، وتتقاطع هذه الاتّفاقات بغية الوصول إلى الهدف المرجو وهو عقد الزّواج، فاتّفاق الخطبة يمنح للمخطوبة حقّا سائدا بموجب العرف، بتعجيل صداقها قبل العقد بهدف بداية تجهيز نفسها ربّحا للوقت، وعدم انتظار إبرام العقد الشرعي أو المدني، فضلا على أنّه بموجب عقد الزّواج يتربّث حقّها في الصّدّاق، وهو ما يعدّ تأكيدا وتكيفا حقيقيا للمبلغ المدفوع على أنّه صداق، فتنتفي بذلك عنه صفة المال ويلحق به وصف الصّدّاق، لوجود العلة المتمثلة في العقد، وينطوي الاتّفاق الآخر بينهما على الغرض المرجو من دفع المال وهو اقتناء مُستلزمات الجهاز، وهو ما قد يكون اتّفاقا صريحا أو ضمنيا على شراء الجهاز، فطالما دفعه الخاطب فهو دليل على رضاه، غير أنّ ذلك لا يحرمه من استرداده إذا وقع العدول عن الخطبة أيّا كان العادل عنها.

على هذا الأساس، ولأنّ قبض المخطوبة للمال بغرض التجهّز لا يعني بالضرورة الوصول إلى العقد، فإنّها تعلم يقينا أنّ العدول قد يلحق الخطبة، وقد يكون ذلك منها أو من الخاطب، وبموجب ذلك فهي ملزمة بردّ المال الذي قبضته بصرف النّظر عن تفاصيل ذلك، لكن من حيث المبدأ، فهي ملزمة برده، وعلى هذا الأساس؛ كان عليها أن تبذل عناية الرّجل الحريص احتياطا لإمكانية العدول، أمّا إذا انعقد العقد فالمال من حقّها لا سيما إذا وقع الدّخول أو توفي الزّوج تماشيا مع نصّ المادة 16 من قانون الأسرة، وعندئذ يمكنها أن تمارس حقّها على صداقها مادام ملكا لها وتتصرّف فيه كيف تشاء بموجب المادة 14 من قانون الأسرة، وبالتالي تمارس عناية الرّجل العادي.

ثالثا: التّنازع في تكييف المال المدفوع على أساس أنّه مهر.

إذا تنازع طرفا الخطبة واختلفا في تكييف ماقدّم هل هو مهر أو هدايا، فالطرف الذي قدّم البيّنة على مايدّعيه يحكم له، وإن تساوت البيّنات ترجّح بيّنة المرأة، وحكم لها بأنّ ما قدّم كان هدايا وليس صداقا، لأنّ بيّنة المرأة خلاف الظاهر، وإن لم يستطع أحد الطرفين إثبات ادّعائه فيُرجع إلى العُرف⁽¹⁾، فإذا كان جاريا أنّ العُرف يأخذ أنّ الشيء المقدّم على أنّه صداق فالقول قوله مع يمينه لأنّ الظاهر يشهد أنّه يسعى في إسقاط الوجوب عن ذمّته، وإن كان العُرف يعتبرها هديّة، فالقول قولها بيمينها لأنّ الظاهر يشهد لها، وأمّا إن كان العُرف مشتركا أي باعتباره هديّة أو صداقا على وجه المساواة فالقول قوله مع يمينه لأنّه المملّك فالقول قوله في التّمليك⁽²⁾.

(1) العربي بلحاج . الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. ج 1 ص 114.

(2) أحمد فراج حسين. أحكام الزّواج في الشريعة الإسلامية. دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2004. ص 75.

كما أنّ العُرف في الجزائر جرى بأن تجهّز المرأة نفسها من خلال الصّدّاق المقدّم لها، والذي هو بحسب المادة 14 من قانون الأسرة ملك لها تتصرّف فيه كيفما شاءت، وليس لأحد أن يُجبرها على تجهيز نفسها منه وإذا فعلت فهي متبرّعة، كما يمكن أن يشاركها أفراد أسرتها التّجهيز كما هو الحال بالنّسبة للأب، فلا يحقّ له ولا لورثته الرجوع عن التّجهيز لها، لاسيما إذا استعملت الجهاز لأنّه صار ملكا لها، بما في ذلك شراء الأب الجهاز لها إذا كانت صغيرة فيصير ملكها إذا كبرت، والأمر نفسه بالنّسبة للأم التي قد تعطي ابنتها المُقبلة على الزّواج شيئا من أثاث الأب وسكوته يعتبر قبولا ضمنيا عن هذا المنح، فلا يُقبل طلبه بالإسترداد، أمّا إذا كان العُرف يقتضي بأنّ ما قدّمه الأب لابنته كان عارية رجحت بينة من يدّعي التّمليك، وهو الزّوجة أو زوجها إذا هي توفيت⁽¹⁾.

بالرجوع إلى بعض التّشريعات العربية يتّضح أنّ المشرّع السّوري قد عالج حالة التّعجيل بدفع المهر من خلال النّص على مصيره في إطارنصّ المادة الرابعة من قانون الأحوال الشخصية التي نصّت على: "1- إذا دفع الخاطب المهر نقدا واشترت المرأة به جهازها ثم عدل الخاطب فللمرأة الخيار بين إعادة مثل النّقد أو تسليم الجهاز، 2- إذا عدلت المرأة فعلها إعادة مثل المهر أو قيمته، 3- تجري على الهدايا أحكام الهبة"⁽²⁾.

فقد فرق المشرّع السّوري في العدول الواقع من الخاطب أو المخطوبة؛ فإذا كان العدول منه وأعدّت المرأة الجهاز فلا تستطيع ردّ المال كاملا وقد اشترت به الجهاز كاملا أو بعضه، وراعت هذه المادة عدم الاضرار بها، أمّا إذا صدر العدول من الخاطبة فيجب عليها ردّ المال كاملا لأنّها مسؤولة عن العدول، فإذا كان مثلياً ردّت مثله، وإن كان قيميا ردّته بعينه إذا كان قائما أو ردّت قيمته إن استهلك⁽³⁾.

على العكس من المشرّع الجزائري فقد تطرّق المشرّع المغربي في نطاق مدوّنة الأسرة، إلى إمكانية أداء الخاطب المال للمخطوبة على أساس أنّه صدّاق، وقدّم حلاً لمصير هذا المال، في حال حدوث العدول عن الخطبة، وهو ما تضمّنته المادة التاسعة بنصّها على: "إذا قدّم الخاطب الصّدّاق أو جزءا منه، وحدث عدول عن الخطبة أو مات أحد الطّرفين أثناءها، فللخاطب أو لورثته استرداد ما سلّم بعينه إن كان قائما، وإلاّ فمثله أو قيمته يوم تسلّمه. إذا لم ترغب المخطوبة في أداء المبلغ الذي حوّل إلى جهاز، تحمّل المتسبّب في العدول ما قد ينتج عن ذلك من خسارة بين قيمة الجهاز والمبلغ المؤدّى فيه"⁽⁴⁾.

(1) العربي بلحاج . الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. ج 1 ص 116.

(2) قانون الأحوال الشّخصية السّوري الصّادر في 07/09/1953 مرسوم رقم 59 (أنظر الرابط الالكتروني:

http://www.4shared.com/file/23959364/e3a1d361/___html?s=1 تاريخ زيارة الموقع 2014/04/19).

(3) عبد الرحمان الصّابوني. شرح قانون الأحوال الشّخصية السّوري. منشورات جامعة دمشق. دمشق، سوريا، ط7. 1996. ج 1 ص 55.

(4) القانون المغربي رقم (03-70) بمثابة مدوّنة الأسرة الصادر في 03 فبراير 2004، (الجريدة الرسمية، رقم 5184 الصادرة بتاريخ 05 فبراير 2004)، المعدّل بالقانون رقم (09-08) المتضمّن تعديل مدوّنة الأسرة الصّادر في 16 يوليو 2010 (الجريدة الرسمية، رقم 5859 الصادرة بتاريخ 26 يوليو 2010) ص11.

فإذا أعددت المخطوبة بهذا المال بعض الجهاز لاستقبال الزوجية، كشرء فراش أو حلي أو لباس، وكان مثلا اللباس عند الخياط الدائن بأجرة الخياطة، ففي هذه الحالة يتولّد عن استرداد المال مضرة وإرهاق لها، وعلى هذا الأساس يتم تحميل التبعة لمن صدر العدول منه بالنسبة للطرفين؛ فإذا عدل الخاطب لزمه تسلّم الأشياء، وإذا كان النجار أو الخياط دائنا، كان على الخاطب أن يدفع لهم دينهم، لأنّ المخطوبة اشترت الجهاز باستعدادا للزفاف، فلا يمكن إرغامها على تملك الأشياء ودفع المبلغ نقدا للخاطب العادل، وبالمقابل إذا كانت هي من عدلت، كان عليها أن تُرجع للخاطب المال كما دفعه أو قيمته، ولا يُرغم على قبول الفراش والثوب والحلي الذي اشتري به.

ففي الحالتين يجب استرداد المال المدفوع على أنّه صدق إمّا بعينه إذا كان قائما، أي ما يزال على الحالة التي قدّم عليها، أو بمثله إن كان من المثلثات، أو بقيمته يوم التسلم إذا لم يكن من المثلثات. كما تطرّق المشرّع المغربي لفكرة هامة تتعلّق بتحويل المال إلى جهاز، فللمخطوبة إرجاع المبلغ المقبوض والاحتفاظ بالأشياء المشتراة، وإذا رفضت الاحتفاظ بما حوّل إليه المال المدفوع إليها، أمكن للخاطب حيازته بالمبلغ الذي أنفق في شرائه، وفي صورة ما رفض كلّ منهما تسلّم الجهاز بالمبلغ الذي أنفق فيه، وتمّ بيعه بمبلغ أقلّ، تحمّل المتسبّب في العدول الفرق بين المبلغين⁽¹⁾.

من خلال ما سبق يمكن اقتراح إضافة جزئية أو فقرة تعالج حالة تقديم المال على أساس أنّه مهر أثناء فترة الخطبة في سياق المادة الخامسة من قانون الأسرة بغية علاج هذه الحالة كثيرة الحدوث وتسوية النزاع الذي قد يطرأ، لاسيما إذا تمّ العدول عن الخطبة ولذلك يمكن أن تكون هذه الإضافة على النحو التالي: "إذا قدّم الخاطب للمخطوبة مالا على أنّه مهر، وحدث العدول عن الخطبة أيّا كان العادل، فالمخطوبة ملزمة برده نقدا إذا لم تتصرّف فيه أو على الحالة التي آل إليها في حالة التصرف فيه، بحسب من تسبّب في العدول. في حالة حدوث العدول أيضا، وزادت المخطوبة على ماقدّم لها على أساس المهر من مالها، واشترت به جهازا، فللخاطب الحقّ في استرداد المال المدفوع نقدا، أو على الحالة التي آل إليها، وللمخطوبة الحقّ في مطالبة الخاطب بدفع الفارق الذي زادته على المال المقدّم".

كما أنّ المواثيق العالمية المهنّمة بشؤون المرأة ولا سيما إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة والتي صادقت عليها الجزائر مع بعض التحفّظات⁽²⁾، لم تُشر صراحة إلى هذه التّفاصيل المتعلّقة باسترداد هدايا الخطبة أو التعويض الناشئ عن العدول، ولا مصير المال المدفوع على أساس أنّه صدق، وإنّما جاء النصّ بصفة عامّة على الاستحقاقات الأسرية بالسوية بين الرجل والمرأة، وهو ما شملته المادة 13 من الاتفاقية بنصّها على: "تتخذ الدّول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضدّ المرأة في المجالات

(1) عبد الكريم شهبون. الشّافي في شرح مدوّنة الأسرة، تطوان، المملكة المغربية، ط1، 2006. ج1 ص 39.

(2) مرسوم رئاسي رقم (96-51) يتضمّن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشّعبية، مع التحفّظ، إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضدّ المرأة لسنة 1979، الصّادر في 22 يناير 1996، (الجريدة الرسمية، رقم 6 الصادرة بتاريخ 24 يناير 1996) ص4.

الأخرى للحياة الاقتصادية والاجتماعية لكي تكفل لها، على أساس تساوي الرجل والمرأة نفس الحقوق ولا سيما: (أ) الحق في الإستحقاقات الأسرية...⁽¹⁾، فبالرغم من عدم صراحة نص المادة في ترتيب آثار العدول عن الخطبة من حيث استرداد الهدايا، إلا أنّ ذلك يمكن أن يندرج ضمن استحقاق المرأة لاسترجاع الهدايا التي أهدتها بمناسبة الخطبة، وتعويضها عن الضرر، فضلا على ردّها للمال المدفوع لها باعتباره صداقا. كما نصّت المادة 16 في فقرتها (ز) على ما يلي: "تتخذ الدّول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزّواج والعلاقات الأسرية وبوجه خاص تضمن، على أساس تساوي الرجل والمرأة"، فواضح مدى حرص الاتفاقية على التّسوية بين الرجل والمرأة في كافّة الأمور المتعلقة بالزّواج، والتي تعتبر الخطبة وما يترتّب عنها من آثار أحد الأمور المتعلقة بالزّواج، ولعلّ المشرّع الجزائري قد راعى هذا الجانب وعالج مختلف جوانب العدول عن الخطبة بأكثر تفصيل من الاتفاقية، بمراعاته الجانب الشرعي الذي كان أحرص على تحقيق المساواة بين الطرفين، ولا سيما استرداد الهدايا والتّعويض عن الضرر المادي والمعنوي.

الفرع الثالث: مُراعاة الجوانب الإجرائية للخطبة.

يجب على الطّرف الرّاغب في المطالبة بحقه أمام القضاء بسبب عدول الطّرف الآخر عن الخطبة، أن يراعي بعض الجوانب الإجرائية حتى يتمكّن من تحصيل حقه الممثل في أحد الآثار المترتبة عن العدول عنها، ولا سيما ما تعلّق بالهدايا أو التّعويض عن الضرر، فضلا على ما يثار بشأن المال المدفوع على أساس أنّه صداق، ولذلك وجب تفصيل بعض الدّقائق في هذا المجال وفقا لما يلي:

أولا: إثبات الخطبة.

يتعيّن على من يدّعي حقّا بسبب العدول عن الخطبة السّعي لإثباتها، حتى يتسنى له بعد ذلك المطالبة بما يترتّب عليها من حقوق له، وقد أشار قرار المحكمة العليا أنّه يجب مراعاة شروط صحتها القانونية والشرعية، ويكون للقضاة السّلطة التقديرية في إثباتها أو نفيها، وهو ما أشار إليه القرار الذي نصّ على: "إنّ إثبات الزّواج أو نفيه يخضع لتقدير قضاة الموضوع طالما كان ذلك قائما على التّحقيق الشرعي ومن المقرّر كذلك أنّ الأصل في الخطبة وفي غالب الأحيان هي مقدّمة للزّواج وليست زواجا، غير أنّها قد تتجاوز مرحلة التماس النّكاح إلى النّكاح الشرعي وتصبح فعلا زواجا شرعيا إذا واکمها تحديد شروطه وتحققت أركانه، ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يتفق مع هذا المبدأ يعدّ قضاء صحيحا"⁽²⁾.

وعلى هذا الأساس يجب على من يطالب بحقّ يتعلّق بالعدول عن الخطبة أن يثبت وقوعها بكافّة الوسائل، بما في ذلك البيّنة والقرائن والصّور الفوتوغرافية المأخوذة بالأجهزة الحديثة كالكاميرا، وهو ما أشارت

(1) الأمم المتحدة، إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة التي اعتمدت في 18 ديسمبر 1979، الموقع عليها في 1 مارس 1981، ص 14. (أنظر: موقع الأمم المتحدة: www.unescwa.org).

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 19/11/1984 ملف رقم 34046 - (المجلة القضائية لسنة 1990، العدد الثاني، ص 67).

إليه المحكمة العليا من خلال قرارها الذي نصّ على: "...أي التّأكد من مادية الواقعة وإن كانت بمفردها ومستقرّة أو غير ذلك، ثمّ وصفها وصفا قانونيّاً صحيحاً إن كانت سببا مشروعا على ضوء التّقاليد التي تكرّس تخليد الأفراح عن طريق الأجهزة الحديثة كالكاميرا..."⁽¹⁾.

كما يمكن إثبات الخطبة بشهادة الشّهود الذين حضروا قراءة الفاتحة، أو بشهادة السّماع التي يشهد أصحابها أنّهم سمعوا من الشّهود وغيرهم أنّ الطّرفين مخطوبين، وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا في قرارها الذي نصّ على: "من المقرّر شرعا أنّ الزّواج لا يثبت إلّا بشهادة العيان التي يشهد أصحابها أنّهم حضروا قراءة الفاتحة أو حضروا زفاف الطّرفين، أو بشهادة السّماع التي يشهد أصحابها أنّهم سمعوا من الشّهود وغيرهم أنّ الطّرفين كانا متزوّجين، ومن ثمّ فإنّ النّعي على القرار المطعون فيه بانعدام الأساس القانوني ومخالفة قواعد الإجراءات في غير محلّه، يستوجب الرّفص. لما كان من الثّابت- في قضيّة الحال- أنّ الطّاعن لم يأت بأي من شهادة العيان أو شهادة السّماع لإثبات زواجه فإنّ قضاة الموضوع برفضهم دعوى إثبات الزّواج العرفي أعطوا لقرارهم الأساس القانوني. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطّعن"⁽²⁾.

فالتّعويض سببه الفعل الضّار وليس العقد، ويجوز إثباته بكافّة الوسائل باعتباره واقعة قانونيّة، سواء كان الضّرر مادّيّا أو معنويّا وهو ما شملته المادة الخامسة من قانون الأسرة، وكذلك التّعويض على تفويت فرصة إذا مضى زمن طويل على الخطبة ممّا يتوقّع معه حصول الضّرر⁽³⁾، وهو ما تضمّنته المحكمة العليا من خلال قرارها الذي نصّ على: "من المقرّر قانونا أنّ تقدير الضّرر مسألة موضوعيّة من اختصاص وتقدير قضاة الموضوع. ومتى تبين- من قضيّة الحال- أنّ الأسباب التي اعتمد عليها المستأنف في طلب الطّلاق قبل الدّخول غير ثابتة وأنّ عدم إتمام الزّواج بالدّخول يُلحق ضررا معنويّا بالمستأنفة، وعليه فإنّ قضاة المجلس بقضائهم بطلاق الزّوجة قبل الدّخول والحكم بتعويضها طبقوا صحيح القانون"⁽⁴⁾.

ويُعدّ اعتراف أحد الأطراف بواقعة الخطبة أمام القضاء حجة قاطعة على المقرّر بوقوع الخطبة، وهو ما أشار إليه قرار المحكمة العليا الذي نصّ على: "من المقرّر قانونا أنّ الإقرار القضائي هو اعتراف الشّخص بواقعة قانونية مدّعى بها عليه أمام القضاء وهو حجة قاطعة على المقرّر..."⁽⁵⁾.

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية - قرار صادر بتاريخ 2006/10/11 ملف رقم 369494 - (المجلة القضائية لسنة 2007 . العدد الثاني. ص 449).

(2) المجلس الأعلى- غرفة الأحوال الشّخصية - قرار صادر بتاريخ 1989/03/27 ملف رقم 53272 - (المجلة القضائية لسنة 1990 . العدد الثالث. ص 82).

(3) العربي بلحاج. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (وفق آخر التّعديلات ومدعم بأحدث إجتهاادات المحكمة العليا) أحكام الزّواج. ج 1 ص 110.

(4) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية - قرار صادر بتاريخ 1999/03/16 ملف رقم 216865 - (المجلة القضائية لسنة 2001 . عدد خاص. ص 256).

(5) المجلس الأعلى- غرفة الأحوال الشّخصية - قرار صادر بتاريخ 1989/03/27 ملف رقم 53272 - (المجلة القضائية لسنة 1990 . العدد الثالث. ص 82).

ثانيا: قيد الدّعى أمام الجهة القضائية المختصة نوعيًا وإقليميًا.

يجدر بمن يدّعي أنّه يطلب حقًا متعلّقًا بالعدول عن الخطبة أن يرفع دعوى وفق الشّروط التي حدّدها قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على أن يكون ذلك من قبله أو وكيله أو محاميه أمام المحكمة. وهو ما أشارت إليه المادة 14 التي نصّت على: "ترفع الدّعى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة، موقّعة ومؤرّخة، تودع بأمانة الضّبط من قبل المدّعي أو وكيله أو محاميه، بعدد النّسخ يساوي عدد الأطراف"⁽¹⁾، ويجب أن تحتوي هذه العريضة جملة من البيانات نصّت عليها المادة 15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتي يندرج في نطاقها في هذه الحالة ذكر المحكمة المختصة نوعيًا وإقليميًا، وبيان إسم ولقب المدّعي وذكر موطنه وعنوانه، فضلًا على بيان إسم ولقب وموطن المدّعى عليه، وإذا لم يكن له موطن أو عنوان معلوم فيعتدّ بآخر موطن له، بالإضافة إلى عرض موجز للوقائع والطلّبات ووسائل تأسيس الدّعى، كما ينبغي الاستعانة بالمستندات والوثائق المثبتة للخطبة من خلال الصّور والشّهادات وغيرها.

ويقوم قاضي شؤون الأسرة بفحص الدّعى من خلال التأكّد من توقّر الاختصاص النّوعي والإقليمي وكذا البيانات المتعلّقة بعريضة افتتاح الدّعى، وفي صورة ما تبين له نقص أو عدم توقّر بعض البيانات فإنّه يحكم بعدم قبول العريضة شكلاً، سواء من تلقاء نفسه أو بطلب من المدّعى عليه، دون المساس بأصل الحقّ، حيث يمكن للمدّعي إقامة دعوى جديدة بعريضة جديدة.⁽²⁾

1- الاختصاص النّوعي لرفع الدّعاوى المتعلّقة بالخطبة.

يمكن للطّرف الرّاغب في الالتجاء للعدالة لطلب استرداد الهدايا، أو تعويض الضّرر الناشئ عن العدول عن الخطبة وفق تفصيلات المادّة الخامسة من قانون الأسرة، أن يتقيّد بالشّروط الشّكلية والموضوعية المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ومراعاة الاختصاص النّوعي والإقليمي للجهة القضائية النّافذة في دعواه، حيث حدّدت المادة 423 منه الاختصاص النّوعي لقسم شؤون الأسرة والتي من ضمنها النّظر في قضايا الخطبة بنصّها على: "ينظر قسم شؤون الأسرة، على الخصوص في الدعاوى الآتية: 1- الدّعاوى المتعلّقة بالخطبة...".

إنّ المشرّع قد نصّ فقط على خمس قضايا والتي تعتبر الأهمّ في مجال منازعات شؤون الأسرة، ولم ينص على القضايا الأخرى كالهدايا والوصايا المتعلّقة بالمنقولات والحقوق الميراثية والتي تخضع لاختصاص قسم شؤون الأسرة.⁽³⁾

(1) القانون رقم (08-09) المتضمن القانون الإجراءات المدنية والإدارية. الصّادر في 25 فبراير 2008 (جريدة رسمية، رقم 21 الصادرة بتاريخ 23 أبريل 2008)، ص 4.

(2) عبد العزيز سعد. إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية. ص 18.

(3) عبد الرحمان بربارة. شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية. منشورات بغدادي، الرويبة، ط2، الجزائر، 2009. ص 328.

2- الاختصاص الإقليمي لرفع الدعاوى المتعلقة بالخطبة.

يثير الاختصاص الإقليمي لرفع الدعاوى المتعلقة بالعدول عن الخطبة جزئية مهمة تستدعي التوضيح، ذلك أنّ الخطبة ليست عقداً، ولا يمكن الحديث عن بيت الزوجية طالما أنّ الخاطب والمخطوبة لا يزالان بمسكنهما، ومسكن الزوجية لم ينشأ بعد، وعلى هذا الأساس تمت الإشارة إلى أنّ المحكمة المختصة بنظر موضوع العدول عن الخطبة هي مكان تواجد موطن المدعى عليه، وهو ما جاءت به المادة 426 التي حددت الاختصاص المحلي لاختصاصات قسم شؤون الأسرة بنصّها على: "تكون المحكمة المختصة إقليمياً: 1- في موضوع العدول عن الخطبة بمكان وجود موطن المدعى عليه"، وفي حقيقة الأمر فإنّ هذه المادة تعدّ تكريساً للمبدأ العام الذي جاءت به المادة 37 التي جعلت من محكمة موطن المدعى عليه أساساً للاختصاص الإقليمي، وينطبق نفس الحكم على المنازعات المتعلقة باسترجاع الصداق في حالة فسخ الخطبة، وهو ما أشارت إليه المادة 426 في فقرتها الثامنة، أمّا إذا كان النزاع متعلّقاً بالهدايا فقط التي يقدمها الخاطب أثناء فترة الخطبة وبمناسبتها، فإنّه يجوز للقضاء المدني أيضاً باعتباره صاحب الولاية والاختصاص الفصل في هذه النزاعات⁽¹⁾.

المبحث الثاني: الأحكام المالية الخاصة بالزوجة في قانون الأسرة الجزائري.

لما كانت المرأة طرفاً أصيلاً في إنشاء وانعقاد الزواج، فذلك طريق يرتّب لها آثاراً مالية تكون حقاً صرفاً تستحقّها بموجب ذلك، بداية من الصداق الذي يعدّ عربون المحبة، ودليل الرغبة الصادقة في المضي قدماً في الميثاق الغليظ، المتميّز عن باقي العقود، فيبادر الرجل المقبل على الزواج لإعطائه للمرأة إيداناً منه باستكمالها، وبعد انعقاد الزواج تستحقّ الزوجة النفقة الزوجية لأنّها في ذمة الزوج، الذي هو مطالب بتأديتها لها نظير الإحتباس وعدم النشوز، وعليه فإنّ هذه الأفكار تحتاج إلى مزيد من الإيضاح والتعريح لأهمية الأثرين الماليين في الحياة الزوجية وفقاً للتفصيل التالي:

المطلب الأول: حقّ الزوجة في الصداق.

المطلب الثاني: حقّ الزوجة في النفقة الزوجية.

المطلب الأول: حقّ الزوجة في الصداق.

يُعتبر الصداق من بين المعالم ذات الأثر البالغ في عقد الزواج، دون غيره من سائر العقود الأخرى، فهو ميزة أساسية تميّزه، وهو مُحاط بتنظيم شرعي وقانوني إحاطة صارمة تجعل منه جزءاً من النظام المالي للأسرة، وعلى هذا الأساس لابدّ من التطرّق لكلّ تفاصيله على النحو التالي:

(1) العربي بلحاج. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث إجهادات المحكمة العليا) أحكام الزواج. ج 1 ص 112.

- الفرع الأول: مفهوم الصّدّاق.
- الفرع الثاني: دليل مشروعية الصّدّاق.
- الفرع الثالث: حقيقة الصّدّاق.
- الفرع الرابع: شروط الصّدّاق.
- الفرع الخامس: مؤكّدات الصّدّاق.
- الفرع السادس: أنواع الصّدّاق.
- الفرع السابع: مقدار الصّدّاق.
- الفرع الثامن: تأجيل الصّدّاق وتعجيله.
- الفرع التاسع: التنازع حول الصّدّاق.
- الفرع العاشر: الجوانب الإجرائية في المطالبة بالصّدّاق.

الفرع الأول: مفهوم الصّدّاق.

للصّدّاق معاني جمّة في اللّغة والاصطلاح، وهو ما يمثّل البداية في معالجة هذا الحقّ والواجب في أن واحد على الشّكلة التّالية:

أولاً: مفهوم الصّدّاق في اللّغة.

الصّدّاق بفتح الصّاد وكسرهما، وهو باللّغة الفرنسية (La Dot)⁽¹⁾ وباللّغة الإنجليزيّة (The Dower)⁽²⁾ أي ما يُدفع للمرأة ويقصد به أيضاً الصّدقة، وهو مهر المرأة⁽³⁾، فالصّدّاق⁽⁴⁾ مُشتقّ من الصّدق، كدليل على الرّغبة الصّادقة في الاقتران، وأصدق المرأة بمعنى سعى لها صداقاً⁽⁵⁾، ويُقال أيضاً أصدّق المرأة حين تزوّجها أي جعل لها صداقاً⁽⁶⁾، والصّدق الكامل من كلّ شيء، والصّدق مطابقة الكلام للواقع بحسب ما يرى المتكلّم⁽⁷⁾، والصّدق بالكسر والتثنية مُلازم للصّدق⁽⁸⁾.

من خلال استعراض ماسبق يتبيّن أنّ الصّدّاق ينصرف معناه إلى الصّدق والصّدقة، وما هو مُخصّص للمرأة نظير الزّواج بها.

(1) إبتسام القرام. المصطلحات القانونية في التّشريع الجزائري. قصر الكتاب، البليدة، الجزائر. ص 55.

(2) محمد رواس قلعة جي؛ حامد صادق قنيبي. معجم لغة الفقهاء. ص 44.

(3) الرازي. مختار الصحاح. ص 224.

(4) للصّدق أسماء عديدة مرادفة هي: مهر، وصدقة، ونخلة، وأجر، وفريضة، وجبّاء، وعُقر، وعلائق، وطّول، ونكاح. (أنظر: وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلّته. دار الفكر، دمشق، سوريا، ط4، 1998. ج 9 ص 237)، غير أنّ اللفظين الشّائعين في هذا المعنى هما الصّدّاق والمهر.

(5) الفيروزآبادي. القاموس المحيط. ص 920.

(6) ابن منظور. لسان العرب. ج 10 ص 193.

(7) إبراهيم مصطفى وآخرون. المعجم الوسيط. ص 511.

(8) أحمد بن محمد بن علي الفيومي. المصباح المنير. ص 128.

ثانياً: مفهوم الصّدّاق في الإصطلاح.

يُعدّ الصّدّاق من أهم مباني الزّواج، وعُني بتعريفات اصطلاحية عديدة منها أنّه "ما أوجبه الشّارع من المال، أو ما يقوم مقامه، حقّاً للمرأة على الرّجل في عقد الزّواج في مقابلة الإستمتاع بها"⁽¹⁾، فيبدو هذا التعريف ثرياً من حيث تبين أنّ الصّدّاق هو حقّ شرعي، قبل كلّ اعتبار لكلّ امرأة سوف يتزوّجها الرّجل؛ سنّه الله تعالى حتى يحفظ الحقوق، ولتمييز الميثاق الغليظ عن غيره من العقود؛ على أنّ الصّدّاق ليس فقط مقصوراً على المال والماديات، الأمر الذي هو بحسب طاقة الرّجل من جهة، وعدم بخس المرأة حقّها، خاصّة وأنّ له حدّاً أدنى، يهدف الإستمتاع بالمرأة في الإطار الشرعي، وهذا للتّفريق بين الزّواج كعقد صحيح وبين السفّاح والزّنا، من خلال تدخّل المولى عزّ وجلّ في فرضه على كلّ مُقبل على الزّواج.

وعُرف الصّدّاق على أنّه "المال الذي تستحقّه الزّوجة على زوجها بالعقد عليها أو بالدخول بها حقيقة"⁽²⁾، حقيقة"⁽²⁾، فمن خلال تمحيص هذا التعريف يتّضح مدى بلاغته، على اعتبار أنّه جاء موضّحاً لسبب استحقاق الزّوجة للصّدّاق، فيُدفع لها وفق موجبات معيّنة، دون النّص على فكرة الاستمتاع بها، ما يجعله مدعاة للتّأمين.

عالج قانون الأسرة الجزائري مسألة تعريف الصّدّاق من خلال المادة 14 التي نصّت على: "الصّدّاق هو ما يُدفع نَحلة للزّوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعاً وهو ملك لها تتصرّف فيه كما تشاء". يتّضح أنّ المشرّع قد حسم أمره بجعل الصّدّاق يدخل في باب النّحل أي اعتباره بمثابة الهدية، ونهج المشرّع بذلك منحى التعاريف الأخرى، التي جعلت من الصّدّاق ما يدفعه الرّجل المُقبل على الزّواج للمرأة، سواء كان ذلك مالا، أو غير ذلك، شرط أن يكون من الأمور المُباحة شرعاً، وهو حقّ صرف للزّوجة وملك لها وحدها، ولها كامل الحرّية في التصرف فيه بشقّي الطّرق التي تراها، سواء بتجهيز بيت الزّوجية، أو إنفاقه على نفسها، أو التبرّع به.

الفرع الثّاني: دليل مشروعية الصّدّاق.

إنّ البُعد الشرعي والقانوني للصّدّاق، يطرح مدى مشروعيته من خلال الكتاب والسنة والقانون، فهو ثابت من خلالها بدليل ورود العديد من المواضع في القرآن الكريم، والأحاديث النبوية الشّريفة، وكذا قانون الأسرة الجزائري، وهو ما سيتمّ تبينه كما يلي:

أولاً: دليل مشروعية الصّدّاق من القرآن الكريم.

يمكن إقامة الدّليل على مشروعية الصّدّاق من خلال قوله تعالى: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً حَكِيماً﴾⁽³⁾، بمعنى: "إذا تزوّج الرّجل منكم المرأة، ثم نكحها مرّة واحدة، فقد وجب صدّاقها كلّهُ والاستمتاع" هو

(1) بدران أبو العينين بدران. أحكام الزواج والطلاق في الإسلام. ص 139 و140.

(2) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 9 ص 237.

(3) سورة النساء. الآية 24.

النكاح⁽¹⁾، واضح من خلال هذه الآية وتفسيرها وجوب الصّدق بواقعة الزواج وأمرت بإيتاء فروض النساء والمقصود بذلك مهورهن، والأمر للوجوب مالم يصرفه عنه صارف، ويتّضح معنى الوجوب من خلال النص على "الفريضة" ولا يجوز إبطاله وإهداره⁽²⁾.

ثانيا: دليل مشروعية الصّدق من السنة النبوية.

في هذا السياق يتّضح جلياً أنّ السنة النبوية الشريفة قد ذهبت في نفس منحى القرآن الكريم، من خلال جعل الصّدق حقاً للمرأة وواجباً على كلّ مقبل على الزواج، فعن سهل بن سعد الساعدي قال جاءت امرأة إلى رسول الله ﷺ فقالت يا رسول الله جئتُ أهبُ لك نفسي قال فنظر إلّهما رسول الله ﷺ فصعد النّظر فيهما وصوّبه ثم طأطأ رسول ﷺ رأسه فلما رأت المرأة أنّه لم يقض فيهما شيئاً جلست فقام رجلٌ من أصحابه فقال يا رسول الله إنّ لم يكن لك بها حاجة فزوّجنيها فقال وهل عندك من شيءٍ قال لا والله يا رسول الله فقال اذهب إلى أهلك فانظر هل تجد شيئاً فذهب ثم رجع فقال لا والله ما وجدت شيئاً فقال رسول الله ﷺ إلتمس ولو خاتماً من حديد فذهب ثم رجع فقال لا والله يا رسول الله ولا خاتماً من حديد⁽³⁾، لقد أراد ﷺ تبين مدى وجوب دفع الصّدق للزوجة مهما بلغ إفسار الزوج المقبل على الزواج، حتى لو كان خاتماً من حديد، بُغية تبين اتجاه النية في انعقاد الزواج ودليل ذلك هو الصّدق.

ثالثاً: دليل مشروعية الصّدق من قانون الأسرة الجزائري.

مشروعية الصّدق ثابتة من خلال قانون الأسرة، فاعتبره المشرع من أهمّ المواضيع من خلال تبين مفهومه، وكذا تبين مصيره من خلال حرية الزوجة في التصرف فيه بمحض إرادتها، وفقاً للمادة 14، بالإضافة إلى المادة 15 التي شملت تحديده في العقد، وفي صورة عدم تحقّق ذلك تستحقّ الزوجة صداق المثل، فنصّت المادة على: "يحدّد الصّدق في العقد، سواء كان مُعجّلاً أو مؤجّلاً. في حالة عدم تحديد قيمة الصّدق، تستحقّ الزوجة صداق المثل".

فضلاً على المادة 16 التي تضمّنت حالات استحقاق كامل الصّدق أو نصفه بنصّها على: "تستحقّ الزوجة الصّدق كاملاً بالدّخول، أو بوفاة الزوج، وتستحقّ نصفه عند الطّلاق قبل الدّخول".

الفرع الثالث: حقيقة الصّدق.

تعتبر هذه الجزئية مهمّة، لأنّها تُبيّن التّكييف الخاص بالصّدق، وتوضّح طبيعته، هل يعدّ بمثابة الرّكن في عقد الزواج أو هو بمثابة الشّروط أو الأثر؟ فلقد عالج الفقه الإسلامي هذه الجزئية، وكان ذلك محلّ

(1) الطبري محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الأملي أبو جعفر. جامع البيان في تأويل القرآن. مؤسسة الرسالة، تحقيق: أحمد محمد شاكر. بيروت، لبنان، ط1، 2000. ج 8 ص 175.

(2) عمر سليمان الأشقر. أحكام الزواج على ضوء الكتاب والسنة. ص 255.

(3) متفق عليه: (أنظر: البخاري . صحيح البخاري . كتاب النكاح. باب تزويج المغيرة لقوله تعالى ﴿إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ﴾. الحديث رقم 5087. ج 4 ص 7: مسلم. صحيح مسلم. كتاب النكاح. باب الصّدق وجواز كونه تعليم قرآن وخاتم حديد وغير ذلك من قليل . الحديث رقم 1425. ج 2 ص 1040).

اختلاف بين اتجاهين حول حقيقته من حيث القيمة في عقد الزواج على رأيين، وكذلك طبيعة الصداق من حيث الهدف المُبتَغى منه هل هو في مقابل الاستمتاع، أو هو على سبيل الهدية أيضًا في اتجاهين:

أولاً- طبيعة الصداق من حيث الأثر في عقد الزواج.

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول طبيعة الصداق من حيث أثره في عقد الزواج على رأيين، وتأثير المشرع الجزائري بذلك.

1- الرأي الأول.

يرى جمهور الفقهاء ورأي في المالكية⁽¹⁾ أنَّ الصداق ليس شرطاً ولا ركناً في عقد الزواج، وإنما هو أثر من آثاره المترتبة عليه، فإذا تمَّ العقد بدون صداق كان صحيحاً، ووجب للزوجة الصداق اتفاقاً⁽²⁾، ودليل ذلك هو قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَكُمْ بِتَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾⁽³⁾ وفرض الفريضة: تسمية المهر⁽⁴⁾، فإنه أباح الطلاق قبل الدخول وقبل فرض المهر، ممَّا يدل على أنَّ المهر ليس ركناً ولا شرطاً⁽⁵⁾، بل يعدُّ أثراً من آثار العقد.

كما ثبت ذلك في السنة النبوية الشريفة من خلال الحديث: عن مسروق رضي الله عنه عن عبد الله في رجل تزوج امرأة، فمات عنها ولم يدخل بها، ولم يفرض لها الصداق فقال: لها الصداق كاملاً، وعليها العدة ولها الميراث، فقال معقل بن سنان سمعت رسول الله ﷺ قضى به في بروع بنت واشق بمثل ما قضى⁽⁶⁾.

2- الرأي الثاني.

ممثلاً في الرأي المشهور للمالكية، الذين رأوا بأنَّ الصداق هو ركن من أركان الزواج، وعليه لا يجوز انعقاده بدون صداق، ففي صورة ما تمَّ التفاهم على إسقاطه، فإنه يُفسخ قبل الدخول وليس للزوجة شيء،

(1) علاء الدين الكاساني. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع.. ج2 ص 274؛ الشيرازي إبراهيم بن علي بن يوسف أبو إسحاق، المذهب في فقه الإمام الشافعي. دار الفكر، بيروت، لبنان، 1998. ج 2 ص 55؛ الشربيني. مغني المحتاج. ج3 ص 229؛ إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي أبو إسحاق. المبدع في شرح المقنع. المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1400 هـ. ج 7 ص 131؛ الدردير. الشرح الصغير. ج2 ص 449.

(2) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 9 ص 241.

(3) سورة البقرة. الآية 236.

(4) الزمخشري جار الله أبو القاسم محمود بن عمر. الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل. دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط1، 1407 هـ. ج 1 ص 284.

(5) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 9 ص 240.

(6) رواه الخمسة: (أنظر ابن ماجة. سنن ابن ماجة. كتاب النكاح. باب الرجل يتزوج ولا يفرض لها فيموت على ذلك. الحديث رقم 1891. ج3 ص 86؛ أبو داود. سنن أبي داود. كتاب النكاح. باب فيمن تزوج ولم يسم صداقاً حتى مات. الحديث رقم 2114 ج1 ص 643؛ النسائي. سنن النسائي الكبرى. كتاب النكاح. إباحة التزوج بغير صداق. الحديث رقم 5489. ج3 ص 316؛ الترمذي محمد بن عيسى أبو عيسى السلي. الجامع الصحيح سنن الترمذي. كتاب النكاح. باب ما جاء في الرجل يتزوج المرأة فيموت عنها قبل أن يفرض لها. الحديث رقم 1145. دار إحياء التراث العربي، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون، بيروت، لبنان، ط4. ج3 ص 450؛ أحمد بن حنبل. مسند الإمام أحمد بن حنبل. الحديث رقم 15985. ج3 ص 480).

ويثبت بعده بصدّاق المثل ويلحق به الولد⁽¹⁾، واستدلّوا بالآيات الواردة في الصّدّاق لقوله تعالى: ﴿...فَأَتَوْهُنَّ أَجُورَهُنَّ فَرِيضَةً...﴾⁽²⁾، فوجب أن يخرج به عن حكم النّحل إلى حكم المعاوضات⁽³⁾.

من خلال الرّأين يتّجه ترجيح الرّأي القائل بأنّ الصّدّاق هو أثر من آثار عقد الزّواج، وحكما من أحكامه الذي لا يمكن للزّوج أو الزّوجة، أو أحد من أوليائهما تخلية الزّواج منه، كما لا يمكن للنّاس أن يصطلحوا على اعتباره من حقوق الزّوج على زوجته، لأنّ ذلك يُعدّ تغييرا لسنة الله تعالى⁽⁴⁾.

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري، يتّضح أنّ المشرّع لم يأخذ بأيّ من رأيي الفريقين، حيث جعل الصّدّاق شرطا من شروط الزّواج، فلم يجعله ركنا ولا أثرا له⁽⁵⁾، وذلك ثابت من خلال من خلال المادة 9 مكرّراتي أشارت إلى شروط الزّواج والتي يعدّ الصّدّاق أحدها، فضلا على أنّ المشرّع ربّ على انعقاد الزّواج بدون الصّدّاق فسخه قبل الدّخول، ولا شيء للزّوجة، وتثبّيته بعد الدّخول واستحقاقها صدّاق المثل إذا تمّ الدّخول، وذلك بموجب المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري.

من خلال مقارنة هذه المعالجة مع ما سبق عرضه من اختلافات فقهية، يتّضح أنّ المشرّع قد نهج منحى المالكية في ترتيب الفسخ قبل الدّخول، في حال انعقاد الزّواج بدون الصّدّاق وعدم استحقاق المرأة شيئا، وثبوته بعد الدّخول واستحقاقها صدّاق المثل.

ثانيا: طبيعة الصّدّاق من حيث الهدف في عقد الزّواج.

جرى الاختلاف الفقهي في طبيعة الصّدّاق من حيث الهدف المرجو منه؛ من حيث دفعه في مقابل الاستمتاع أو جعله هدية للزّوجة، وتم علاج هذه الجزئية في اتّجاهين:

1- الإتيان الأول.

قال هذا الاتّجاه بأنّ الصّدّاق يكون في عوض المتعة، ودليلهم في ذلك هو قوله تعالى: ﴿...فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَأَتَوْهُنَّ أَجُورَهُنَّ فَرِيضَةً وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾⁽⁶⁾ والصّحيح أنّه عوض، ولذلك قال مالك: النّكاح أشبه شيء بالبّيع، لما فيه من أحكام البّيع، وهو وجوب العوّض⁽⁷⁾، فقد سمّت الآية الأجر في مقابل الاستمتاع.

إنّ وصف السّادة المالكية الصّدّاق كالثمن في البيع هو بغرض تبيان مدى ركنيته في عقد الزّواج، وأنّه يفسد بشرط نفيه، كما يفسد البيع بشرط نفي الثمن، على اعتبار عقد البيع عقدا نموذجيا في الفقه

(1) صالح عبد السميع الآبي الأزهرى. الثمر الداني في تقريب المعاني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني. المكتبة الثقافية. بيروت، لبنان. ص 443.

(2) سورة النساء. الآية 24.

(3) ابن العربي. أحكام القرآن. ج 1 ص 413.

(4) بدران أبو العنين بدران. أحكام الزواج والطلاق في الإسلام. ص 140.

(5) كان الصّدّاق ركنا من أركان الزّواج قبل تعديل قانون الأسرة (84-11) حيث نصّت المادة 9 منه في إطار توضيح أركان الزّواج على: "يتم عقد الزّواج، برضا الزوجين، وبولي الزّوجة، وشاهدين وصدّاق".

(6) سورة النساء. الآية 24.

(7) ابن العربي. أحكام القرآن. ج 1 ص 414.

الإسلامي، وليس المغزى منه هو شراء المرأة، بل إن الشريعة الإسلامية جعلت من الصّدق رمزا للوئام والمودة⁽¹⁾.

2- الإتجاه الثاني.

رأى الإتجاه الثاني أنّ الصّدق هو هدية للزوجة، بدليل أنّ القرآن الكريم سمّاه نحلة لقوله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾⁽²⁾، والنحلة تعني عطية وهبة⁽³⁾. بمقارنة الرأيين يتّجه التّرجيح إلى الاتّجاه الثاني نظرا لوصفه بالنحلة، أي أنّ الشّارع الحكيم جعله في منزلة الهدية من الزوج لزوجته، ولكنها هدية لازمة لزوما متراخيا، ومن غير عنت ولا إجهاد⁽⁴⁾، كما أنّ الاستمتاع ليس مقصورا على الزوج فحسب، فالزوجة أيضا تستمتع بموجب العقد الشرعي⁽⁵⁾، وأنّ جعل الصّدق في مقابل المتعة هو تجريد للزواج من معناه الإنساني، لسموّه عن ذلك بكثير، كونه نظاما في حدّ ذاته، قائم على التكافل والتّعاون وإحصان الزوجين وخلق علاقات اجتماعية جديدة بين الأسر في المجتمع. بالرجوع إلى منحنى المشرّع الجزائري في هذه المسألة، فقد جنح إلى الرّأي القائل بأن الصّدق هو نحلة، يؤدّيها الزوج لزوجته عن طيب خاطر، وليس نظير الإستمتاع، وذلك واضح من خلال نصّ المادة 14 من قانون الأسرة، وهو ما يصبّ في إطار توفيق المشرّع الجزائري، متجنّبا بذلك الرّأي الجاعل منه عوضا للمتعة؛ فالمتملّ في موقف المشرّع الجزائري، ليلحظ تأثره بالفقه الإسلامي الجاعل منه مكرّمة للمرأة، ورفعته من شأنها على أن يؤدّيها الرّجل كتعبير منه على توطيد أواصر هذا العقد النّوعي.

يترتّب على اعتبار الصّدق نحلة للزوجة وحرّيتها في التصرف فيه أن تقتني به الجهاز أولا تفعل، حيث رأى المالكيّة أنّ الصّدق الذي تقبضه يجب أن تنفقه في الجهاز بنفس المقدار، وبالتالي فهي غير مُطالبة بالجهاز إذا لم تتسلّم شيئا، إلّا إذا اشترط الزوج عليها ذلك، أو أنّ العرف يلزمها بذلك، فلقد جرى العرف أنّ الزوجة هي التي تُجهّز بيت الزوجية، وعلى هذا الأساس يدفع الزوج الصّدق لها، ويلزمها بالتجهّز في حدود الصّدق المدفوع⁽⁶⁾، أمّا الحنفية فأروا أنّ الزوجة غير معنية بالجهاز، بمعنى أنّ الزوج هو المُكلّف بتجهّز بيت الزوجية، وأنّ الصّدق هو بمثابة النحلة، إلّا إذا كان الزوج قد دفع لها مالا بشرط التجهّز، فإذا كان زائدا عن الصّدق مُستقلا عنه، فهي ملزمة بالجهاز، وأمّا إذا كان غير مُستقل عن الصّدق فالزوجة لا يلزمها شيء

(1) العربي بلحاج . الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. ج 1 ص 102 .

(2) سورة النساء . الآية 4.

(3) فخر الدين الرازي. تفسير الفخر الرازي (مفاتيح الغيب). دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط1، 1983 هـ. ج3 ص 146.

(4) محمد أبو زهرة . الأحوال الشخصية . ص 170.

(5) رأى ابن حزم في جعل عقد الزواج رديفا للبيع خاطئا بالمرّة فقال: "مَاذَا بَاعَ أَوْ مَاذَا اشْتَرَى، أَرْقَبَتْهَا، فَبِئْسَ الْجُرْلَا يَجُوزُ، أَمْ فَرَجَهَا فَهَذَا أَيْنُ فِي الْحَرَامِ...، فَوَضَحَ لِكُلِّ ذِي عَقْلٍ سَلِيمٍ فَسَادُ قَوْلِ مَنْ شَبَّهَ الْبَيْعَ بِالنَّكِاحِ بِالْبَيْعِ". (أنظر: بن حزم الأندلسي القرطبي أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد. المحلى. دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ج9 ص 494).

(6) الدردير. الشرح الصغير. ج2 ص 458 و459.

من الجهاز، لأنّ الزيادة التي كانت مع الصّدق مُلحقة به، وصار بذلك كلّ للزوجة وليست مُجبرة على الجهاز منه⁽¹⁾.

بالرجوع إلى مسلك المشرع الجزائري بخصوص هذه الجزئية، ومن خلال تعريف الصّدق بموجب المادة 14 من قانون الأسرة، فواضح مدى تأثيره برأي الحنفية بخصوص حرية الزوجة في التصرف في صداقها، بتجهيز بيت الزوجية أو غير ذلك من تصرف بوصية أو هبة أو وقف، وفي هذا استبعاد لرأي المالكية.

وزاد المشرع المغربي في تبين أنّه لا يمكن للزوج أن يشترط على زوجته أن تقتني جهازا من مهرها وهو ما وضّحته المادة 29 من المدونة بنصّها على: "الصّدق ملك للمرأة تتصرف فيه كيف شاءت، ولا حقّ للزوج في أن يطالها بأثاث أو غيره، مقابل الصّدق الذي أصدقه إياها"، وعلى هذا فإنّ المرأة تملك الصّدق بمجرد العقد، وتعتبر ضامنة له إذا كان معيّنا وكان العقد صحيحا، فإذا هلك أو ضاع تحمّلت مسؤولية ضياعه أو هلاكه، ولا يضمنه الزوج لها، أمّا إذا لم يكن الصّدق معيّنا أو كان الزواج فاسدا، فالصّدق لا يدخل في ضمانها إلّا من تاريخ توصّلها به، فإذا هلك قبل أن يؤدّيه للزوجة فيتحمل نتيجة ذلك، ويجب عليه أن يؤدّيه لها⁽²⁾.

إنّ هذا يعتبر أمرا دالّا على مدى سماحة الشريعة الإسلامية؛ الأمر الذي لا يوجد في بعض التشريعات الغربية، لاسيما الفرنسية منها، حيث يُعتبر الصّدق من الواجبات المالية للزوجة تدفعه للزوج لإعانتته على تكاليف الزواج⁽³⁾، فالصّدق (La Dot) في القانون المدني الفرنسي، مُكوّن من مجموعة الأموال التي يمتلكها الزوجان بسبب الزواج، من تقديم الوالدين أو الأقارب أو الغير، سواء كانت هذه الأموال مقدّمة للزوج، أو الزوجة، أو لأولاد نتاج الزواج، للمساعدة على تربيتهم وتحمل أعباء الحياة الزوجية⁽⁴⁾، وهو ما أشار إليه المشرع الفرنسي للصّدق بشكل عام في المواد من 1438 إلى 1440 من القانون المدني، ويرجع هذا التقليد في صياغة هذه المواد إلى القرن 19 ميلادي، خاصّة إذا رغب الوالدان في تخصيص نصيب من أموالهما لابنهم أو ابنتهم بالسوية بينهما، أي يساهم كلّ منهما بنصف الأموال التي سوف تعدّ صداقا مستقبلا⁽⁵⁾.

وعلى كلّ يُعتبر الصّدق أو الدّوطة في التشريع الفرنسي مُختلفا عن نظام الدّوطة، فالصّدق هو أثر من الآثار المالية للزواج، أي ماتدفعه الزوجة لزوجها بغية الإعانة على تكاليف الزواج، وكانت هذه الأموال خاضعة لأحكام خاصة، ويمكن أن تخضع لأحكام أخرى في أنظمة مالية أخرى، أمّا المعنى العام للدّوطة فيشمل الأموال التي يتلقّاها الزوجان من الغير بمناسبة الزواج ويمكن إدراج هذه الهبات في العقد المالي للزواج أو

(1) ابن عابدين . حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة . ج 3 ص 108.

(2) عبد الكريم شهبون. الشّافي في شرح مدوّنة الأسرة. ج 1 ص 90.

(3) رشيد مسعودي. (النّظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري- دراسة مقارنة-). أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون. كلية الحقوق . جامعة تلمسان 2005-2006 . ص 24.

(4) Charles Aubry et Charles Rau. Cours de droit civil français.. tome 2. p 266.

(5) Fleur-Marie Voyron (La dotation à l'enfant commun par un bien personnel d'un des époux), chevreux notaire . droit patrimonial. FMV pulication. Le 01 12 2012. p 01.

خارجه⁽¹⁾، وأما نظام المهر فيشتمل جعل أموال الزوجة قسمين: قسم يسقى المهر، وللزوج حق إدارته ولا يجوز تملكه، ولا يمكن تملكه بعد مدة بمضي مدة زمنية، وقسم يسقى الملك الخاص للزوجة ويجوز تملكه أو تملكه بعد مدة، فنظام المهر يحفظ حقوق الزوجة، لكنّه بالمقابل يُشعر الزوج بأنه غير مؤتمن، وعليه يترتب الاحتياط لذلك ومنع التصرف فيه إلا للضرورة⁽²⁾.

الفرع الرابع: شروط الصّدق.

حتى يؤدي الصّدق الرسالة المنوطة به ويُعتدّ به، لا بد من توافر شروط معيّنة مضبوطة تجعل منه صداقا صحيحا، وعلى هذا الأساس فقد راعى الفقه الإسلامي جملة من الشّروط، وتأثر بها المشرّع الجزائري في المواد التي عالج فيها الصّدق ويمكن توضيحها كما يلي:

أولاً: الشّروط الأولى: أن يكون الصّدق مالا أو شيئا متقوماً له قيمة، ولا يصحّ باليسير الذي لا قيمة له، ولا حدّ أعلى لقيّمته، فلو تزوّجها على صداق يسير صحّ ذلك⁽³⁾، وهذا حتى يؤدي الصّدق ما وُجد من أجله، وهو إكرام الزوجة بشيء متقوم مالياً على بسلطانه أو غلاءه، وهو ما ترجمه قانون الأسرة في كون الصّدق نقداً أو غير ذلك من خلال المادة 14 التي نصّت في هذا الجانب على: "الصّدق هو ما يُدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها..."، بكونه عقارا أو منفعة أو منقولا⁽⁴⁾، أو شيئا معنوياً، فيمكن أن يكون مثلياً أو قيمياً⁽⁵⁾، ما يعدّ شيئا إيجابياً يجعل المجال مفتوحاً للمتعاقدين وأهالهم للتّفاهم في مقداره، ممّا قلّ أو كثر.

ثانياً: الشّروط الثانية: أن يكون الصّدق طاهراً مشروعاً⁽⁶⁾، يُنتفع به وممّا يجوز تملكه وبيعه، كالذهب مثلاً، ولا يجوز ما هو غير مشروع كخمر أو خنزير⁽⁷⁾، ولا يجب أن يكون مغصوباً بسرقة أو احتيال أو غيره⁽⁸⁾، فكان لزاماً أن يكون الصّدق نقيّاً من كلّ ما من شأنه أن يكدّر صفاءه، وهو ما عالج به المشرّع الجزائري بضرورة أن يكون الصّدق مُباحاً في نطاق المادة 14 التي نصّت على: "... من كل ما هو مباح شرعاً...".

ثالثاً: الشّروط الثالثة: أن لا يكون الصّدق مجهولاً، فيكون معلوماً علماً نافياً للجهالة من حيث: النّوع والصّنّف والجنس والمقدار⁽⁹⁾، فلا يجوز صداق مجهول إلا في حالة نكاح التّفويض: وهو أن يسكت العاقدان

(1) رشيد مسعودي. (النّظام المالي للزّوجين في التّشريع الجزائري- دراسة مقارنة-). ص 25.

(2) سيد عبد الله علي حسين. المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتّشريع الإسلامي مقارنة بين فقه القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك رضي الله عنه . دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، تحقيق: محمد أحمد سراج وآخرون القاهرة، مصر، ط1، 2001، ج 4 ص 1347.

(3) عبد الرّحمان الجزيري. الفقه على المذاهب الأربعة. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، 2003، ج 4 ص 90.

(4) العربي بلحاج . الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. ج 1 ص 105.

(5) الغوثي بن ملحة. قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء. ص 56.

(6) الدردير. الشّرح الصغير. ج 2 ص 429.

(7) وهبة الزحيلي . الفقه الإسلامي وأدلته. ج 9 ص 245.

(8) ابن قدامة. المغني. ج 8 ص 14 و 23.

(9) عبد العزيز عامر. الأحوال الشّخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء. ص 164.

عن تعيين الصّدق حين العقد، ويفوّض التّعيين إلى أحدهما أو إلى غيرهما⁽¹⁾، وقد تطرّق المشرّع الجزائري لهذه الجزئية من خلال المادة 15 من قانون الأسرة التي أشارت إلى تحديد الصّدق سواء كان مؤجّلاً أو معجّلاً، وفي صورة عدم تحديده تستحقّ الزّوجة صداق المثل، غير أنّه لا يمكن بالمقابل الاتّفاق على إسقاطه⁽²⁾.

رابعاً: الشرط الرابع: أن يسلم الصّدق من الغرر الشّديد، لأنّه لا ضير من الغرر اليسير، كأن يجعل صداقها ذهباً دون تبين نوع الحلي، فإذا لم تتمّ الإشارة إلى الصّدق، وكان معلوم الصّنف والنّوع والجنس والقدر، انتفت الجهالة، ففي حالات الغرر اليسير يؤخذ الزّوج بالوسط، أمّا إذا انتفت العناصر التي تجعل من الصّدق واضحاً ومعيناً، كأن يُصدقها حيواناً كانت التّسمية غير صحيحة⁽³⁾، ففكرة الصّدق تنبني على التّسامح والمكرامة متى كانت الجهالة بسيطة، ولا تفتح الباب للتأويل وإمكانية التّنازع، فضلاً على جعله ملكاً للزّوجة تتصرّف فيه كما تشاء وفقاً للمادة 14 من قانون الأسرة، التي نصّت على: "...وهو ملك لها تتصرّف فيه كما تشاء".

الفرع الخامس: مؤكّدات الصّدق.

لأنّ الصّدق عنصر ثابت في عقد الزّواج، فذلك يجعل ضرورة وجود ضوابط وموجبات يتمّ بموجبها استحقاق الزّوجة له من جهة، وبالمقابل واجب الزّوج في دفعه بموجب الشّرع والقانون، وعلى هذا الأساس ستتمّ معالجة المسألة في ضوء الفقه الإسلامي، بغية التّمهيد للنّظر التّشريعية في ظلّ قانون الأسرة الجزائري، فالوقائع الدّاعية أو المؤكّدة للصّدق يمكن تفصيلها وفقاً للتّالي:

أولاً: العقد الصّحيح: بمجرد انعقاد الزّواج صحيحاً أي باستيفاء جميع عناصره، فذلك يرتّب وجوب نصف الصّدق للزّوجة في حالة الطّلاق قبل الدّخول بشرط تسميته، مصداقاً لقوله تعالى: ﴿وَأِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾⁽⁴⁾، فهذا يشمل "المطلّقة قبل المُسيّس وبَعْدَ الفُرْضِ، فَلَهَا نِصْفُ الْمُفْرُوضِ وَاجِباً"⁽⁵⁾، فنصف الصّدق يثبت بمجرد العقد، قبل البناء وحدوث الطّلاق، وهو ما أشار إليه المشرّع الجزائري من خلال المادة 16 التي بيّنت استحقاق الزّوجة لنصف الصّدق عند الطّلاق قبل الدّخول⁽⁶⁾، وهو ما يعنى تحقّق العقد وبالتالي حلّ هذا العقد بالطّلاق، فنصّت المادة على: "...وتستحقّ نصفه عند الطّلاق قبل الدّخول"، فتتحقّق هذه الحالة في صورة ماتمّ العقد على الزّوجة ثمّ حصل الطّلاق ولم يتمّ البناء، فتصبح الزّوجة مطلّقة ولها

(1) وهبة الزحيلي . الفقه الإسلامي وأدلته. ج 9 ص 245.

(2) لحسين بن شيخ آث ملويا. المرشد في قانون الأسرة. ص 50.

(3) عبد العزيز عامر. الأحوال الشّخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء. ص 164.

(4) سورة البقرة . الآية 237.

(5) ابن العربي . أحكام القرآن. ج 1 ص 292.

(6) الغوثي بن ملحة. قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء. ص 56.

نصف الصّدّاق⁽¹⁾، وهوما تبنته المحكمة العليا كذلك، من خلال نصّها على: "من المقرّر قانوناً أنّه تستحقّ الزّوجة الصّدّاق كاملاً بالدّخول أوبوفاة الزّوج، وتستحقّ نصفه عند الطّلاق قبل الدّخول. ولمّا كان ثابتاً- في قضية الحال- أنّ الزّوجة طلّقت قبل البناء، فإنّ قضاة الموضوع باعتبارهم الطّلاق المحكوم به فسخاً والحكم على الطّاعنة بإرجاع كامل الصّدّاق مع أنّها تستحقّ نصفه، خالفوا أحكام المادة 16 من قانون الأسرة. ممّا يستوجب نقض القرار المطعون فيه"⁽²⁾، فواضح مدى المغالطة التي وقع فيها القضاة بحكمهم بإرجاع المطلّقة كامل صداقها بالرغم من طلاقها قبل الدخول، وهوما يعطيها الحقّ في نصف الصّدّاق شرعاً وقانوناً.

ثانياً: الدّخول الحقيقي بالعقد الصّحيح أو الفاسد⁽³⁾: يكتمل حقّ الزّوجة في النّصف الثّاني من صداقها بالدّخول بها، أي تستحقّ الزّوجة كامل الصّدّاق، وكذلك هو الشّأن في الوطء بشبهة، أو في الزّواج الفاسد⁽⁴⁾، الفاسد⁽⁴⁾، فإن حصل دخول لا يسقط من الصّدّاق شيء إلّا بإبراء الزّوجة أو تنازلها عن جزء منه، فالدّخول فالدّخول واقعة جعلت من أمر الصّدّاق ثابتاً للزّوجة، لأنّ الدّخول مع الشّبهة في العقد الفاسد موجبٌ لصداق المثل الغير قابل للسّقوط، فمن الأولى أن يتم تأكيده في الزّواج الصّحيح⁽⁵⁾.

وأخذ المشرّع الجزائري بنظرية الدّخول أو التّمكين لاستحقاق الزّوجة كامل صداقها، فلا يمنع الزّوجة من المطالبة بصداقها كاملاً إذا ثبت الدّخول بالعقد الصّحيح، وهوما أشارت إليه المادة 16 من قانون الأسرة بنصّها على: "تستحقّ الزّوجة الصّدّاق كاملاً بالدّخول.."، وجسّدت اجتهادات المحكمة العليا هذا الاتجاه وفقاً لما يلي: "من المقرّر فقهاً وشرعاً أنّ الزّوجة تستحقّ الصّدّاق كاملاً بمجرد الدّخول واختلاء الزّوج بها، ومن ثمّ فإنّ القضاء بخلاف هذا المبدأ يعدّ خرقاً لأحكام الشّريعة. ولمّا كان ثابتاً- في قضية الحال- أنّ الزّوج لم يدخل بزوجه بعد انتقالها إلى داره لكونه كان في حالة اعتقال، ممّا يتعدّراتاً تمام الخلوة، ومن ثمّ فإنّ المجلس القضائي لمّا قضى بالطلاق واستحقاق الزّوجة لكامل الصّدّاق يكون بقضائه كما فعل خرق القواعد الشّريعة وانتهك النّصوص القانونية"⁽⁶⁾، فلقد جاء الاجتهاد القضائي مستلزماً وجود الدّخول كباعث جدّي على استحقاق الصّدّاق كاملاً، وفي حالة عدم حدوث الدّخول فلا صداق لها.

(1) عبد العزيز سعد . قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد. دار هومة، الجزائر، ط2، 2009. ص 48 .

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية – قرار صادر بتاريخ 1996/09/24 ملف رقم 143725 – (المجلة القضائية. عدد خاص. ص 269).

(3) عبد الرّحمان الجزيري. الفقه على المذاهب الأربعة. ج 4 ص 107.

(4) وهبة الزحيلي . الفقه الإسلامي وأدلته. ج 9 ص 238.

(5) محمد أبو زهرة . الأحوال الشّخصية . ص 188.

(6) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية – قرار صادر بتاريخ 1988/05/09 ملف رقم 49283 – (المجلة القضائية لسنة 1992. العدد الثّاني. ص 44).

ثالثاً: **الخلوة الصحيحة**: هي من مؤكّدات استحقاق الصّدّاق كما هو الشّأن في العقد الصّحيح وذلك عند الحنابلة⁽¹⁾ والحنفية⁽²⁾، غير أنّ الخلوة وحدها ليست مدعاة لوجوب الصّدّاق، بل لا بدّ من الوطء عند الشافعية في الجديد⁽³⁾، واعتبر المالكية الخلوة مقرّرة للصّدّاق كاملاً، مع البقاء سنة، ومردّد ذلك أنّه بإقامتها هذه المدّة في بيته وخلوته بها من وقت لآخر، استحققت حقوقها كالصّدّاق⁽⁴⁾، فرأى المالكية بأنّ الصّدّاق يتقرّر بتقرّر بإقامة الزّوجة سنة واحدة، بعد الزّفاف حتى بدون وطء، والخلوة الحقيقية هي التي لا يمنع فيها مانع من المباشرة طبعاً أو شرعاً⁽⁵⁾، فهي تتحقّق بأن يكونا آمنين من اطلاع الغير عليهما، بدون إذنهما كأن يكونا في محلّ مُغلق الأبواب والنوافذ، فلا تصحّ في الصّحراء مثلاً ولا في مكان عام⁽⁶⁾.

بالرّغم من عدم نصّ المادة 16 من قانون الأسرة على الخلوة كموجب للصّدّاق، إلّا أنّ المحكمة العليا قوّمت الأمر نسبياً، بجعل الخلوة الصحيحة⁽⁷⁾ سبباً موجباً للصّدّاق الكامل للزّوجة المختلى بها، وهوما تضمّنته تضمّنته عديد القرارات القضائية، حيث أن عيش الطّرفين في الخارج مع بعضهما معيشة الأزواج في محلّ الزوجية وفي فراش واحد لمدّة طويلة يوجب الصّدّاق كاملاً⁽⁸⁾، فضلاً على أنّ الخلوة بعقد صحيح حتى لو لم يقع الاحتفال بالوليمة توجب الصّدّاق كاملاً للزّوجة طالما جرى قيد عقد الزّواج أمام ضابط الحالة المدنية⁽⁹⁾، وأنّ انتقال الزّوجة إلى بيت الزوجية واختلاء الزوج بها وعدم إنكاره إصابتها يعدّ دخولا يوجب كامل الحقوق للزّوجة ولا سيما الصّدّاق⁽¹⁰⁾، ويُستثنى من ذلك مايقع من علاقة غير شرعية بين الطّرفين ولا يعدّ دخولا، ولا يترتّب عليه استحقاق الصّدّاق ولا ثبوت النّسب⁽¹¹⁾.

(1) ابن قدامة. المغني. ج 8 ص 62.

(2) الزيلعي فخر الدين عثمان بن علي الحنفي. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق. دار الكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1313هـ ج 2 ص 142.

(3) الماوردي أبو الحسن، الحاوي الكبير. دار الفكر، بيروت، لبنان، ط 1، 1998. ج 9 ص 46.

(4) أبو عمرو يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي. الكافي في فقه أهل المدينة. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1407هـ 254.

(5) عمر سليمان الأشقر. أحكام الزواج على ضوء الكتاب والسنة. ص 264.

(6) بدران أبو العنين بدران. أحكام الزواج والطلاق في الإسلام. ص 151.

(7) حتى تنتج الخلوة الصحيحة آثارها لا بد من توافر الشّروط التالية: أ- صلاحية الزوجين للحياة الزوجية والقدرة على الوطء، ب- عدم بطلان العقد، فالخلوة تكون صحيحة ولا تترتّب عنها آثار عند وجود مانع، ج- إنعدام الموانع وعدم صغر الزوجين أو فقدان القدرة البدنية، وهي الأمور التي تؤثر على تحقّق الخلوة الكاملة. (أنظر: محمد باوني. عقد الزّواج وأثاره دراسة مقارنة بين الفقه والقانون. دار بهاء الدين للنشر والتوزيع، قسنطينة، الجزائر، ط 1، 2009. ص 77).

(8) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية - قرار صادر بتاريخ 1983/11/19 ملف رقم 35107 - (المجلة القضائية لسنة 1990 العدد الثاني. ص 55).

(9) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية - قرار صادر بتاريخ 1991/06/18 ملف رقم 74375 - (المجلة القضائية لسنة 1993 العدد الأول. ص 61).

(10) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية - قرار صادر بتاريخ 1989/10/02 ملف رقم 55116 - (المجلة القضائية لسنة 1991 العدد الأول. ص 34).

(11) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية - قرار صادر بتاريخ 1984/11/19 ملف رقم 34046 - (المجلة القضائية لسنة 1990 العدد الأول. ص 67).

فالملاحظ أنّ المحكمة العليا جعلت الخلوة بين الزوجين سببا وجها للصدّاق كاملا، من دون التّفصيل بوجوب حدوث الوطء، كما نصّ على ذلك اتّجاه في الفقه الإسلامي، ولا إلى نظرة المالكية التي اشترطت مرور عام واحد على الخلوة حتى بدون مسيس، وهو ما يرجّح الإعتماد على رأي الحنفية والحنابلة.

رابعا: موت أحد الزوجين: الموت يؤكّد الصدّاق كاملا سواء مات الزوج أو الزّوجة في الزّواج الصّحيح بالاتفاق؛ وقبل الخلوة الصّحيحة عند الحنفية⁽¹⁾ والحنابلة⁽²⁾، فيثبت كاملا للزّوجة إذا كان مسيّ في العقد⁽³⁾، كما أنّ الموت الطّبيعي، أو بقتل أجنبي لأحدهما، أو بقتل الزوج زوجته، أو قتله نفسه، كلّها تؤكّد الصدّاق⁽⁴⁾، أمّا إذا قتلت الزّوجة نفسها عمدا فلا يسقط الصدّاق عند الحنابلة وأبي حنيفة⁽⁵⁾، ويسقط عند زفر من الحنفية⁽⁶⁾، وكذا عند مالك⁽⁷⁾ والشافعي⁽⁸⁾، لأنّها فوّتت على نفسها هذا الحقّ بإزهاق الرّوح⁽⁹⁾، الرّوح⁽⁹⁾، أمّا إذا لم يسمّ الصدّاق بمعنى كان النّكاح نكاح تفويض، وحدثت الوفاة بعده فلا شيء فيه عند مالك، والشافعي في قول له أنّه لا فرض لها لأنّها فرقة جاءت على تفويض صحيح⁽¹⁰⁾، بينما رأى الحنفية وصحيح مذهب الحنابلة وقول آخر للشافعي⁽¹¹⁾، أنّ لها صدّاق المثل، ودليلهم في ذلك هو حديث رسول الله ﷺ في بروع بنت واشق⁽¹²⁾.

ولقد اعتبر المشرّع الجزائري واقعة الوفاة كسبب لاستحقاق كامل الصدّاق، بحسب المادّة 16 من قانون الأسرة التي نصّت على: "تستحقّ الزّوجة الصدّاق كاملا بالدّخول، أو بوفاة الزّوج..."، فالباعث الثاني على استحقاق الزّوجة لكامل صداقها بحسب المشرّع هو وفاة الزّوج، ولم يُشر إلى وفاة الزّوجة. على أنّ هذا الأمر قد فصلّ فيه فقهاء الشّريعة الإسلامية بظروف الوفاة؛ وجعلوها بالسّوية للزوجين موجبة للصدّاق كاملا، إذا مات الزوج قبل الدّخول بالإضافة إلى ميراثها إياه، ولورثة الزّوجة إذا ماتت هي،

- (1) عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكلبولي المدعو بشيخي زاده. مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دارالكتب العلمية، تحقيق: خليل عمران المنصور. بيروت، لبنان، 1998. ج 1 ص 509.
- (2) ابن قدامة. المغني. ج 8 ص 59.
- (3) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 9 ص 275.
- (4) محمد أبو زهرة. محاضرات في عقد الزواج وأثاره. ص 249.
- (5) ابن قدامة. المغني. ج 8 ص 103؛ شيخي زاده. مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر. ج 1 ص 538.
- (6) شيخي زاده. مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر. ج 1 ص 538.
- (7) الدسوقي. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. ج 2 ص 301.
- (8) شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي الشهير بالشافعي الصغير. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج. دارالفكر للطباعة، بيروت، لبنان، 1984. ج 6 ص 332.
- (9) عبد العزيز عامر. الأحوال الشّخصية في الشّريعة الإسلامية فقها وقضاء. ص 179.
- (10) ابن قدامة. المغني. ج 8 ص 59؛ الماوردي. الحاوي الكبير. ج 9 ص 479.
- (11) الماوردي. الحاوي الكبير. ج 9 ص 479؛ ابن الهمام الحنفي، فتح القدير شرح الهداية. دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1998. ج 7 ص 119؛ ابن قدامة. المغني. ج 8 ص 59.
- (12) سبق تخريجه.

بما فهم الزوج نفسه بعد دفعه الصّدّاق كاملاً⁽¹⁾، بل إنّ الفقه الإسلامي قد دخل في تفاصيل وفاة أحد الزوجين، الأمر الذي لم يعالجه قانون الأسرة الذي من الواضح أنّه يقصد الوفاة الطبيعية.

كما أنّ معالجة المحكمة العليا لهذه المسألة جاءت مُقتضبة وناصّة على وفاة الزوج فقط حتى لو كانت وفاته قبل الدّخول⁽²⁾، دون الإشارة إلى وفاة الزّوجة أيضاً وبالتّالي أولولة صداقها إلى ورثتها.

الفرع السادس: أنواع الصّدّاق.

إنّ الصّدّاق يقسّم وفق اعتبارات عديدة، وعلى هذا الأساس ينبغي التطرّق لهذه الجزئية في إطار الفقه الإسلامي، بغية التّمهيد لرأي المشرّع الجزائري في نطاق قانون الأسرة، فقد يكون مُحدّدا ومتّفقا عليه بين الطرفين وقد لا يكون مُحدّدا فيجب صداق المثل، كما يمكن أن يكون مقسّما على اعتبار آخر بحسب تأجيله أو تعجيله، كما يمكن الإعتماد على معيار مقداره، وعلى كلّ فالتقسيم الرئيس للصّدّاق يتفرّع إلى نوعين: الصّدّاق المُسمّى، وصداق المثل وهذا باتفاق الفقهاء⁽³⁾ ويمكن التّفصيل في كلّ نوع على النّحو التّالي:

أولاً: الصّدّاق المُسمّى.

يقصد به الصّدّاق الذي تمّت تسميته في العقد تسمية صحيحة⁽⁴⁾، كما يمكن الإتفاق عليه بعد العقد باتفاق بينهما أو بفرض الحاكم⁽⁵⁾، مصداقا لقوله تعالى: ﴿...وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ...﴾⁽⁶⁾، فَرَضْتُمْ...⁽⁶⁾، فالرجل يتزوّد المرأة وقد فرض لها صداقا، ثم طلقها قبل أن يدخل بها، فلها نصف ما فرض لها⁽⁷⁾، ويحبّذ تسمية الصّدّاق سدا للذرائع حتى لا ينجزعن ذلك نزاعات أسرية عديدة.

1- موجبات الصّدّاق المُسمّى كاملاً.

تستحقّ الزّوجة الصّدّاق المُسمّى بعدد الحالات التي سبق التعرّض لها، شرط أن تتمّ تسميته وتحديدّه تحديدا كافيا نافيا للجهالة، ويتقرّر وجوبه بالدّخول الحقيقي، أو الخلوة الصّحيحة، أو الوفاة، على أنّه يجب الصّدّاق المُسمّى إذا كانت التّسمية صحيحة، وكان العقد صحيحاً أيضاً، سواء أتمّت التّسمية في العقد أم بعده بالتّراضي، فإن كان الزّواج فاسداً بسبب آخر غير فساد تسمية الصّدّاق، كالزّواج بلا شهود وكزواج

(1) العربي بلحاج . الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. ج 1 ص 110 .

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية – قرار صادر بتاريخ 1987/03/09 ملف رقم 35301 – (المجلة القضائية لسنة 1992 . العدد الثالث. ص 66).

(3) الكاساني. بدائع الصّنائع في ترتيب الشرائع. ج 2 ص 274: الشيرازي. المهذب في فقه الإمام الشافعي. ج 2 ص 57: الدردير. الشّرح الصغير. ج 2 ص 449: البهوتي منصور بن يونس بن إدريس. كشاف القناع. وزارة العدل السعودية . الرياض، السعودية، طبعة وزارة العدل السعودية، 1430 هـ ج 11 ص 293.

(4) أحمد نصر الجندي. الأحوال الشخصية في الإسلام. دار المعارف، القاهرة، مصر، 2001 . ص 27.

(5) وهبة الزحيلي . الفقه الإسلامي وأدلته. ج 9 ص 252.

(6) سورة البقرة. الآية 237.

(7) الطبري . جامع البيان في تأويل القرآن . ج 5 ص 142.

المحلل والزواج المؤقت⁽¹⁾، وجب الصداق بالدخول الحقيقي، لقوله ﷺ عن عائشة: "أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن دخل بها، فلها المهر بما استحلت من فرجها"⁽²⁾.

بالرجوع إلى مسلك المشرع الجزائري، فقد نصّ من خلال المادة 16 من قانون الأسرة على حالتي استحقاق الزوجة لكامل الصداق المسمى، فبالنسبة للدخول الحقيقي فهو سبب موجب للصداق كاملاً متى كان العقد صحيحاً، ولا يسقط بعد الدخول إلاّ أداء أو إبراء، أما إذا كان العقد فاسداً فيتأكد الصداق كاملاً، ولكن الأقل من المسمى أو صداق المثل⁽³⁾، فإذا لم يتم الدخول، فلا يثبت شيء للمرأة إذا كان العقد فاسداً، وهذا بموجب المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري التي نصّت على "إذا تمّ الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل". كما أنّ الصداق المسمى يثبت كاملاً في حالة الخلوة الصحيحة، بالرغم من عدم تضمّن مواد قانون الأسرة هذه الواقعة، إلاّ أنّها كانت محلّ معالجة من خلال اجتهادات المحكمة العليا، على أن يكون العقد صحيحاً.

هذا بالإضافة إلى واقعة الوفاة، التي عالجها فقهاء الشريعة الإسلامية كسبب مشترك بين الزوجين يوجب الصداق المسمى كاملاً، بل ودققوا حتى في ظروفها سواء كانت طبيعية، أو عمداً، وهو الأمر الذي لا يوجد من خلال المادة 16 من قانون الأسرة⁽⁴⁾، ولو أنّ نصّ هذه المادة باللغة الفرنسية جاء أكثر دقّة، وتمشياً مع الفقه الإسلامي، حيث نصّ على مصطلح "conjoint"، وهو ما يعني القرين أو الزوج، دون تحديد لجنسه فهو يطلق على الزوجين معاً⁽⁵⁾، وعلى هذا الأساس كان حريّاً بالمشرع الجزائري التنبّه لهذه الحالة، وجعل الوفاة كواقعة مشتركة موجبة للصداق في صلب المادة 16.

وتطرق المشرع التونسي في نطاق الفصل 22 من المجلّة استحقاق المرأة للصداق المسمى بسبب فساد عقد الزواج وحدوث الدخول، حيث تستحقّه كاملاً أو يعيّن لها الحاكم، فإذا لم يتضمّن العقد تسمية المهر عيّن القاضي لها مهراً⁽⁶⁾.

(1) وهبة الزحيلي . الفقه الإسلامي وأدلته. ج 9 ص 260.

(2) رواه أحمد وأصحاب السنن إلا النسائي (أنظر: أحمد بن حنبل. مسند الإمام أحمد بن حنبل.. الحديث رقم 24251. ج 6 ص 47؛ ابن ماجه. سنن ابن ماجه . كتاب النكاح. باب لا نكاح إلا بولي. الحديث رقم 1879. ج 3 ص 77؛ أبو داود. سنن أبي داود.. كتاب النكاح. باب في الولي. الحديث رقم 2083. ج 1 ص 634؛ الترمذي . سنن الترمذي. كتاب النكاح. باب ما جاء لا نكاح إلا بولي. الحديث رقم 1102. ج 3 ص 407).

(3) العربي بلحاج . الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. ج 1 ص 109.

(4) العربي بلحاج . المرجع نفسه. ج 1 ص 110.

(5) الغوثي بن ملحة. قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء. ص 60.

(6) أحمد نصرالجندي. الأحوال الشخصية في القانون التونسي . دارالكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2008. ص 35.

2- موجبات نصف الصّدّاق المُسَمَّى.

يحدث وأن ينقص نصيب الزّوجة عن استحقاق كامل الصّدّاق المُسَمَّى، وتأخذ نصفه فقط في الحالات التالية:

أ- الطلاق قبل الدّخول:

إذا كان عقد الزّواج صحيحا وتمّت تسمية الصّدّاق، ووقع الطّلاق قبل الدّخول الحقيقي أو الحُكْمِي فالزّوجة تستحق نصف الصّدّاق المُسَمَّى⁽¹⁾، وهذا باتفاق الفقهاء⁽²⁾، وذلك لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾⁽³⁾، وذلك أنّ المُطَلَّقة غير المدخول بها إن سعى لها مهر فلها نصف المُسَمَّى⁽⁴⁾، فلا تستحق المُطَلَّقة قبل الدّخول نصف صداقها الآخر، إلّا بالدّخول في حال تسمية الصّدّاق، أمّا إذا لم يسم لها الصّدّاق فلها المُتعة.

ب- الفرقة من جانب الزّوج.

إذا كانت الفرقة واردة من طرف الزّوج قبل الوطء والخلوة الصّحيحة، فالزّوجة تستحق نصف الصّدّاق المُسَمَّى، كالفرقة بالإيلاء واللّعان والعنة والردّة بإبائه الإسلام بعد إسلام زوجته⁽⁵⁾، لأنّ الطّلاق قبل الدّخول شبيهة بالفسخ وشبيهة أيضا بالإبطال، وشبه الفسخ يقتضي إسقاط الصّدّاق كاملا، وشبه الإبطال يقتضي عدم إسقاط أي شيء من الصّدّاق، فيؤخذ بنصف الصّدّاق توليفا بين الحالتين⁽⁶⁾، وهذا إعمالا لأحكام الآية: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ...﴾⁽⁷⁾، وهذا في الطّلاق وباقي أنواع الفرق مقيس عليه لأنّه في معناه⁽⁸⁾.

وتطرق المشرّع الجزائري لمسألة استحقاق نصف الصّدّاق من خلال المادّة 16 في قانون الأسرة، وعلى هذا الأساس إذا طُلِّقت المرأة قبل الدّخول، أو الخلوة الصّحيحة وسُي الصّدّاق تسمية صحيحة فإنّها تستحق النّصف⁽⁹⁾، فإن قبضت الزّوجة من زوجها أكثر من نصف الصّدّاق رجع عليها بالزيادة، وإن وهبته نصف صداقها أو أكثر، لا يرجع عليها بشيء في الطّلاق قبل الدّخول أو الخلوة الصّحيحة، أمّا إذا كان ما وهبته أقل من نصف صداقها، رجع عليها بباقي النّصف⁽¹⁰⁾.

(1) عبد العزيز عامر. الأحوال الشّخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء. ص 180.

(2) الدسوقي. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. ج 2 ص 283؛ الكاساني. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ج 2 ص 296؛ ابن قدامة. المغني. ج 8 ص 26؛ الشيرازي. المهذب في فقه الإمام الشافعي. ج 2 ص 59.

(3) سورة البقرة. الآية 237.

(4) الزمخشري. الكشف عن حقائق غوامض التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل. ج 1 ص 284.

(5) عمر سليمان الأشقر. أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة. ص 267.

(6) بدران أبو العنين بدران. أحكام الزواج والطلاق في الإسلام. ص 156.

(7) سورة البقرة. الآية 237.

(8) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 9 ص 278.

(9) الغوثي بن ملح. قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء. ص 78.

(10) العربي بلحاج. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. ج 1 ص 111.

وقد زكّت المحكمة العليا ذلك من خلال العديد من الاجتهادات القضائية، بجعل المطلقة قبل الدّخول تستحقّ نصف الصّداق بدون شرط⁽¹⁾، كما أنّه لا يمكن المطالبة باسترداد نصف الصّداق بسبب وفاة الزوج قبل الدّخول من طرف ورثته، على أساس استحقاق الزّوجة للصّداق بسبب وفاة الزوج أو الدّخول، وبتحقّق وفاة زوجها قبل الدّخول فإنّها تأخذه كاملا بدون اشتراط أن يحدث الدّخول⁽²⁾.

غير أنّ المشرّع المغربي قد أشار إلى إمكانية استحقاق الزّوجة لنصف الصّداق إذا تمّ الطّلاق بسبب عيب في الزّوجة وعلم به الزوج، وفقا لما جاءت به المادة 110 من المدوّنة، فإذا علم الزوج بالعيب المستحكم ورغم ذلك قبل بالزّواج بها، حيث تمّ العقد، ثمّ طلقها قبل البناء، ففي هذه الحالة تستحقّ نصف الصّداق، لأنّ المشرّع المغربي يعتبره زواجا صحيحا وتطبّق عليه نفس آثار الطّلاق قبل الدّخول⁽³⁾.

3- مسقطات الصّداق المُسمّى.

يمكن للصّداق أن يسقط بصفة كاملة، ولا تأخذ الزّوجة منه شيئا في حالات عديدة يمكن تعيينها على النحو التّالي:

أ- الإبراء على كلّ الصّداق قبل الدّخول وبعده.

إذا كانت الزّوجة أهلا للتبرّع، وكان الصّداق ديناً في ذمّة الزوج وأعفته منه، فالإبراء يُسقطه، والإسقاط ممّن هو أهل وفي محلّ قابل للسّقوط يوجب السّقوط⁽⁴⁾.

ب- إذا كانت الفرقة من جانب الزوج.

يكون ذلك على أساس الفسخ لاستعمال الزوج حقّه المقرّر له شرعا، ويكون هذا الفسخ بخيار الإفاقة أو البلوغ، فإنّ ذلك يسقط الصّداق غير المؤكّد بالدّخول الحقيقي أو بالخلوة، ذلك أنّ الفسخ كنقض للعقد من أصله⁽⁵⁾، وهذه الفرقة تتمّ بحكم القاضي ولا تستحقّ الزّوجة شيئا حيث يسقط الصّداق كاملا.

ج- حصول الفرقة من طرف الزّوجة.

تكون هذه الحالة قبل الدّخول حقيقة أو حكما، في صورة ما فسخ العقد بسبب معصيتها، كردّها وإيائها الإسلام بعد إسلام زوجها، أو أن ترتكب مع أصول الزوج، أو فروعه ما يوجب حرمة المصاهرة، فسقوط

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية - قرار صادر بتاريخ 2001/01/23 ملف رقم 256857 - (المجلة القضائية لسنة 2001. العدد الثاني. ص 293).

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية - قرار صادر بتاريخ 1987/03/09 ملف رقم 35301 - (المجلة القضائية لسنة 1992. العدد الثاني. ص 66).

(3) محمد الأزهري. شرح مدوّنة الأسرة. مطبعة دار النّشر المغربية، الدار البيضاء، المملكة المغربية، ط 7، 2015. ص 86.

(4) "تختلف الهبة عن الإبراء: في أنها ترد على الدّين والعين، أي الثابت في الذمّة كالنقود، أو الذي يتعين بالتعيين كنوب أو حيوان معين. أما الإبراء فلا يرد إلا على الدين". أنظر: (وهبة الزحيلي . الفقه الإسلامي وأدلته. ج 9 ص 281 و 282).

(5) محمد أبو زمرة. الأحوال الشّخصية. ص 204.

الصّدّاق وفقا لهذه الحالة جاء بسبب تفويتها على زوجها إمكانية التمتع بها، وبالتالي يسقط حقّها، كما أنّ سقوط الصّدّاق بسبب المعصية هو عقاب لها وحرمانها منه⁽¹⁾.

د- الفرقة قبل البناء.

تكون هذه الحالة بين الزوجين في الزّواج الفاسد، لأنّ سبب وجود الصّدّاق في الزّواج الفاسد لا يكون إلّا في الدّخول الحقيقي، لأنّ مجرد العقد الفاسد لا يثبت الصّدّاق⁽²⁾.

هـ- الخلع على الصّدّاق قبل الدّخول أو بعده.

إذا خالع الزوج زوجته على الصّدّاق سقط الصّدّاق كلّهُ، فإن كان المهر غير مقبوض، سقط عن الزوج، وإن كان مقبوضاً ردتّه على الزوج⁽³⁾.

بالرّغم من أنّ المشرّع الجزائري لم ينص صراحة على مسقطات الصّدّاق المُستقّى، إلّا أنّ ذلك لا يمنع من وجود بعض المضامين التي جاءت في ثنايا قانون الأسرة، ويتجلى ذلك من خلال نصّ المادة 33 الذي وضّحت حالة فسخ الزّواج قبل الدّخول، وترتيب سقوط الصّدّاق وعدم استحقاق المرأة شيئا، إذا كان الفسخ قبل الدّخول وترتيب صداق المثل في حال تمّ الفسخ بعد الدّخول.

كما يمكن استنتاج سقوط الصّدّاق كاملا من خلال ما جاء في المادّة 54 من قانون الأسرة التي نصّت على: "يجوز للزّوجة دون موافقة الزوج أن تُخالع نفسها بمقابل مالي"، فمن خلال تمحيص هذه المادّة يمكن للمرأة الراغبة في الفرقة الزوجية بإرادتها أن تفتدي نفسها من زوجها بالمقابل المادي المنصوص عليه في المادّة، وهوردّ الصّدّاق الذي أداه الزوج أي بالمعنى المخالف أنّها تسقط حقّها في الصّدّاق كاملا.

على عكس المشرّع الجزائري في عدم نصّه صراحة على سقوط الصّدّاق، فإنّ المشرّع المغربي قد أشار إلى حالات سقوطه قبل البناء، وذلك من خلال المادة 32 من المدوّنة، وذلك إذا كان قد وقع فسخ للزّواج، أو وقع ردّ لعقد الزّواج بسبب عيب في الزّوجة، أو كان الرد من الزّوجة بسبب عيب في الزوج، وإذا وقع الطّلاق في نكاح التّفويض، فإذا تمّ الطّلاق قبل البناء فلا تستحقّ الزّوجة شيئا⁽⁴⁾.

ثانيا: صداق المثل.

يُقصد به الصّدّاق الذي لم يتّفق عليه الطرفان وسكتا عن ذكره، ولم يتعرّضا لمقداره وتعيينه، أو سمّيا صداقا مجهولا، أولا يحلّ شرعا⁽⁵⁾، ويقصد به أيضا "القدر الذي يرغب به في أمثالها"⁽⁶⁾.

(1) عبد العزيز عامر. الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء. ص 189.

(2) العربي بلحاج. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. ج 1 ص 112.

(3) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 9 ص 281.

(4) محمد الأهر. شرح مدوّنة الأسرة. ص 86.

(5) بدران أبو العينين بدران. أحكام الزواج والطلاق في الإسلام. ص 148.

(6) النّووي محيي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف. روضة الطالبين وعمدة المفتين. المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط2، 1405. ج 7 ص 286.

فمن خلال التعريفين السابقين، يتّضح جلياً أنّ صداق المثل هو الصّدّاق الذي لم يتمّ الإتّفاق عليه في مجلس العقد، أو بعده بين الزوجين أو أهلهما، على أنّ هذا الصّدّاق يمكن تحديد قيمته وفق ضوابط ومعايير معيّنة كانت محلّ اختلاف بين الفقهاء وتتراوح بين التدينّ والمال والجمال والعقل والأدب والسّن والبركة والثّيوبه والنّسب والحسب، وهذه الأمور تجعل صداق المثل مختلفا باختلاف الأمكنة والأزمنة.

ولم يُبيّن المشرّع الجزائري جزئية معيّنة بذاتها من شأنها تحديد معايير تقييم وتقدير صداق المثل، وإنّما جاء الحديث عن صداق المثل بصفة عامة، من خلال المادّة 15 من قانون الأسرة التي جعلت صداق المثل بديلا للصّدّاق المُسَمّى في حال عدم تسميته، وعلى هذا الأساس يمكن القول بخصوص تعيينه أنّه يجب مراعاة مُماثلة الزّوجة وقت العقد مع قريباتها من جهة أبيها من حيث السّن والجمال والمال والأدب والعقل والعلم، لتباين الصّدّاق باختلاف هذه المعايير⁽¹⁾.

1- موجبات صداق المثل.

هناك أمور تجعل من صداق المثل واجبا في أحوال عديدة ينبغي التعرّض لها في الفقه الإسلامي، بغية عرض ماجاء في قانون الأسرة الجزائري، فصداق المثل يجب بإحدى الموجبات التالية:

أ- زواج التّفويض⁽²⁾.

المقصود به "إخلاء الزّواج عن المهر"⁽³⁾، بمعنى يكون العقد صحيحا ولا يسعّ فيه الصّدّاق، فالتّفويض عند الحنفية أن يتزوّج رجل امرأة دونما ذكر للصّدّاق، فتفوّض المرأة أمرها فيما يخصّ الصّدّاق لولمها وزوجها، أو يتولّى الوليّ تفويض أمر صداقها لزوجها⁽⁴⁾، أمّا التّفويض عند المالكية أن ينعقد الزّواج من غير تسمية للصّدّاق، فإن دخل الزّوجان واتفقا على إسقاطه فليس ذلك من قبيل التّفويض، بل هو في حكم الأنكحة الفاسدة، فإن فرضه أحد الزّوجين بعد تفويض من الآخر لزمه، فإن مات قبل الدّخول وقبل أن يفرض لها صداقا، فليس لها شيء من الصّدّاق ولها الميراث⁽⁵⁾، ورأى الشافعية أنّ التّفويض هو أن يزوّج الأب الأب ابنته بدون صداق أو تأذن له هي بذلك، سواء بسكوته عن صداقها أو شرط نفية، وللمرأة أن تطالب بفرض صداقها من طرف زوجها قبل الدّخول بها، على أن تكون راضية بما يفرضه، ولو امتنع عن الفرض لها أو تنازعا يفرض القاضي صداق المثل، فإن لم يفرض لها صداقا حتى طلّقها لا تستحق شيئا منه⁽⁶⁾، أمّا إذا

(1) الغوثي بن ملحة. قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء. ص 58.

(2) التّفويض في اللغة من الفعل فوّض، يقال فوّض إليه الأمر بمعنى رده إليه. (أنظر: الطاهر أحمد الزّاوي. المختار في القاموس. الدار العربية للكتاب، ليبيا- تونس. ص 486).

(3) عبد الرّحمان الجزيري. الفقه على المذاهب الأربعة. ج 4 ص 120.

(4) الكاساني. بدائع الصّنائع في ترتيب الشّرائع. ج 2 ص 274؛ ابن عابدين. حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبوحنيفة. ج 3 ص 110.

(5) الدّردير. الشّرح الصغير. ج 2 ص 428.

(6) الشّربيني. مغني المحتاج. ج 3 ص 229.

لم يفرض لها حتى وطئها استقر لها صداق المثل⁽¹⁾، أما الحنابلة فالتفويض عندهم تفويض البضع، وهو أن يتولى الأب تزويج ابنته المجبرة بدون صداق، أو تأذن المرأة لولمها أن يزوجه بدون صداق، أو تفويض الصداق، أي أن يتزوجها على ما شاءت، أو على ما شاء الزوج أو الولي، ففي كل هذه الحالات يجب صداق المثل ويكون العقد صحيحاً⁽²⁾.

ب- الإتفاق على إسقاط الصداق.

يكون ذلك باشتراط الرجل أي يتزوج امرأة بشرط تنازلها على حقها في الصداق فتقبل هي بذلك، ففي حالة الموت أو الطلاق يجب لها صداق المثل عند الجمهور، فنفي الصداق لا يفسد الزواج عند الشافعية والحنابلة⁽³⁾، كما أن الشرط الفاسد لا يفسد العقد عند الحنفية⁽⁴⁾، باستثناء المالكية الذين جعلوا هذا الأمر الأمر باطلاً، فاشتراط نفي الصداق فاسد عندهم، ففي صورة ما اتفق الزوجان على إسقاطه عدّ العقد فاسداً، وتستحق صداق المثل إذا تمّ الدخول، ولا تستحق شيئاً بالوفاة أو الطلاق لأحدهما قبل الدخول⁽⁵⁾.

ج- التسمية غيرالصحيحة للصداق.

يقصد بالتسمية غيرالصحيحة أو الفاسدة للصداق كأن يسمى صداق ما ليس بمال أو ليس متقوماً⁽⁶⁾، أو كان فاحش الجهالة فتسميته كعدمها⁽⁷⁾، أو كان المسمى غير مشروع، كخمر ولحم خنزير، أو غير مقدور على تسليمه، أو غير مملوك، فهذه أوصاف تجعل ضرورة فرض صداق المثل عند جمهور الفقهاء، ورأى المالكية أنه إذا كان الصداق فاسداً فذلك يفسد العقد، ولا تستحق الزوجة الصداق إلا بالدخول⁽⁸⁾.

بالرجوع إلى قانون الأسرة لم يُفرد المشرع الجزائري مادة بعينها تخص موجبات صداق المثل وإنما جاء الحديث عنه عموماً بموجب المادة 15 التي نصّت على "يُحدّد الصداق في العقد، سواء كان مُعجلاً أو مؤجلاً. في حالة عدم تحديد قيمة الصداق، تستحق الزوجة صداق المثل"، فمن خلالها يتبين أنّ صداق المثل إنّما يكون في حالة عدم تحديد الصداق، حيث لا يكون معلوماً مؤجلاً كان أو معجلاً⁽⁹⁾، والواضح أنّ المشرع

(1) الشيرازي. المهذب في فقه الإمام الشافعي. ج 2 ص 60.

(2) ابن قدامة. المغني. ج 8 ص 47؛ الهوتى. كشاف القناع. ج 11 ص 503.

(3) الكاساني. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ج 2 ص 274؛ ابن قدامة. المغني. ج 8 ص 47؛ الشريبي. مغني المحتاج. ج 3 ص 231؛ الرمي. نهاية المحتاج. ج 6 ص 347؛ المرادوي. الإنصاف. ج 8 ص 297.

(4) السرخسي. المبسوط. ج 5 ص 105.

(5) الدردير. الشرح الصغير. ج 2 ص 428؛ القرافي شهاب الدين أحمد بن إدريس. الذخيرة. دار الغرب، بيروت، لبنان. ج 4 ص 351.

(6) محمد أبو زهرة. محاضرات في عقد الزواج وأثاره. ص 242.

(7) عبد العزيز عامر. الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء. ص 169.

(8) ابن عابدين. حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة. ج 3 ص 159؛ الشيرازي. المهذب في فقه الإمام الشافعي. ج 2 ص 56؛ المرادوي. الإنصاف. ج 8 ص 297؛ ابن رشد أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد القرطبي الأندلسي. شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد. دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة. شرح وتحقيق وتخريج: عبد الله العبادي، القاهرة، مصر، 1995، ط 1، ج 3 ص 1291.

(9) عبد العزيز سعد. قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد. ص 48.

تمسك فقط بالحالة التي لا يتم فيها تحديد الصداق، وسكت عن حالة عدم تسميته في العقد وبذلك تستحق صداق المثل⁽¹⁾.

كما جاء الحديث على صداق المثل في سياق المادة 33 من قانون الأسرة، التي رتبته في حال فسخ الزواج قبل الدخول إذا تخلف شرط من شروطه، وسارت المحكمة العليا على هذا النحو بنصها على أن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج، لأنه عند النزاع يُقضى للزوجة بصداق المثل⁽²⁾.

وجاء أيضا النص على صداق المثل من خلال المادة 54 من قانون الأسرة، التي تضمنت التنازع حول بدل الخلع، حيث يلجأ القاضي إلى الحكم بما لا يتجاوز صداق المثل.

يتضح من خلال المعالجة التشريعية أن صداق المثل أصبح معيارا لغيره من المفاهيم المالية في إطار قانون الأسرة، عوض أن يكون مفهوما مستقلا بحد ذاته، ويؤدي دوره ليس فقط كبديل للصداق المسمى، وما يُعاب أيضا على التشريع الأسري في المنظومة القانونية الجزائرية، هو عدم وضع محدّدات مضبوطة يتم من خلالها تحديد صداق المثل كما هو الشأن بالنسبة للفقهاء الإسلاميين، وترك المجال بالتالي لاجتهادات القضاة الذين تختلف قناعة كل واحد منهم في تحديده ما قد يطرح إشكالات تصل لحد الإفراط أو التفريط في فرضه.

الفرع السابع: مقدار الصداق.

إنّ تحديد مقدار الصداق أمر متروك للتراضي بين طرفي العقد وأهلهما فلم يضبطه الشرع بحدّ معيّن⁽³⁾، معيّن⁽³⁾، وعلى هذا الأساس فالأمر تتنازعه العديد من الآراء بداية في الفقه الإسلامي بين اتجاه جاعل منه مقدرا بالمال، وآخر مقتصر على اعتباره من الأمور المعنوية⁽⁴⁾، فقد تمّ الإتفاق على أن ليس له حدّا أعلى⁽⁵⁾، وإنّما يُرجع في ذلك إلى الإتفاق بين طرفي العقد أو ذويهما، ولكلّ جهة تقاليدها وعاداتها، فتركّ التحديد ليعطي

(1) الغوثي بن ملحة. قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء. ص 56.

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية – قرار صادر بتاريخ 1998/11/17. ملف رقم 210422. عدد خاص. ص 53.

(3) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 9 ص 258.

(4) رأى اتجاه في الفقه الإسلامي إمكانية أن يكون صداق المرأة تعليم القرآن، باعتباره نحلة، وأن النبي ﷺ زوّج رجلا وامرأة بما معهما من القرآن، وذهب إلى ذلك متخلفوا الحنفية، والشافعية، وأحمد بن حنبل في رأي. (أنظر: ابن عابدين. حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة. ج 3 ص 108؛ الشيرازي. المهذب في فقه الإمام الشافعي. ج 2 ص 60؛ ابن قدامة. المغني. ج 8 ص 7).

(5) بينما أنكر اتجاه آخر جعل تعليم القرآن صداقا، لأنّ الصداق مال، والقرآن ليس بمال، كما أنّ النبي ﷺ زوّج رجلا وامرأة بما لديه من قرآن، وطلب منه أن يعوّضها إذا تيسر حاله، ورأى ذلك أحمد بن حنبل، والمالكية، ومتقدموا الحنفية، (أنظر: ابن قدامة. المغني. ج 8 ص 7؛ الدسوقي. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. ج 2 ص 316؛ الكاساني. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ج 2 ص 277).

(5) ابن رشد. شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد. ج 3 ص 1270.

كل طرف بقدر استطاعته⁽¹⁾، وتم الاستدلال على ذلك من خلال الحديث عن عبد الله بن عامر بن ربيعة عن أبيه أن رجلا من بني فزارة تزوج امرأة على نعلين فأجاز النبي ﷺ نكاحه⁽²⁾.

وأیضا حينما أراد عمر بن الخطاب رضي الله عنه تحديد المهور، فنهى أن يُزاد في الصّدّاق على أربعمائة درهم، وخطب النّاس فيه، فقال: لا تُغْلُوا في صدّاق النّساء، فإنّها لو كانت مكرمة في الدّنيا أو تقوى في الآخرة، كان أولاكم بها رسول الله ﷺ، ما أصدق قط امرأة من نسائه ولا بناته فوق اثنتي عشر أوقية أي من الفضّة فمن زاد على أربعمائة شيئا، جعلت الزيادة في بيت المال، فقالت له امرأة من قريش بعد نزوله من المنبر: ليس ذلك إليك يا عمر، فقال: ولم؟ قالت: لأنّ الله تعالى يقول: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا﴾⁽³⁾، فقال عمر: امرأة أصابت، ورجل أخطأ، وفي رواية أنّه قال: اللهم غفراً، كلّ النّاس أفقه من عمر، ثم رجع فركب المنبر فقال: أيها النّاس، إنّي كنت نهيتكم أن تزيدوا النّساء في صدقاتهن على أربعمائة درهم، فمن شاء أن يعطي من ماله ما أحب⁽⁴⁾.

فيتبيّن عدم وجود حدّ أعلى للصدّاق، وذلك دليل على حسن إكرام المرأة المراد الزّواج بها من قبل الشّارع الحكيم، إلّا أنّ هذا ليس مدعاة للتّعالي فيها وذلك في الحديث؛ فعن عائشة عن النّبي ﷺ قال "أعظم النّساء بركة أيسرهنّ مؤونة"⁽⁵⁾، وقد وقع الاختلاف بين العلماء من حيث الحدّ الأدنى على رأيين:

أولاً: الرّأي الأول.

رأى الحنفية أنّ أقلّ حدّ للصدّاق هو عشرة دراهم⁽⁶⁾ أو قيمته⁽⁷⁾، ودليل الحنفية في هذا المقدار هو قوله ﷺ: "لا تنكحوا النّساء إلّا الأكفاء ولا يُزوجهنّ إلّا الأولياء ولا مهر دون عشرة دراهم"⁽⁸⁾، وهذا قياساً على

(1) السيد سابق . فقه السّنة . دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط 2 . 1973 . ج 2 ص 156.

(2) رواه ابن ماجه والترمذي وأحمد (أنظر: ابن ماجه. سنن ابن ماجه. كتاب النّكاح. بابُ صدّاقِ النّساء. الحديث رقم 1888. ج 3 ص 84: الترمذي. سنن الترمذي. كتاب النّكاح. باب ما جاء في مهر النّساء. الحديث رقم 1113. ج 3 ص 420؛ أحمد بن حنبل. مسند الإمام أحمد بن حنبل. الحديث رقم 15714. ج 3 ص 445).

(3) سورة النّساء . الآية 20.

(4) الشوكاني محمد بن علي بن محمد. نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار. كتاب الصّدّاق. بابُ جَوَازِ التّزْوِيجِ عَلَى الْقَلِيلِ وَالْكَثِيرِ وَاسْتِخْبَابِ الْقَصْدِ فِيهِ . الحديث رقم 2735 . ج 3 ص 166.

(5) رواه البيهقي والنسائي وأحمد (أنظر: البيهقي أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر. سنن البيهقي الكبرى. كتاب الصّدّاق، باب ما يستحب من القصد في الصّدّاق. الحديث رقم 14134. مكتبة دار الباز، تحقيق: محمد عبد القادر عطا مكة المكرمة، 1994، ج 7 ص 235: النسائي، سنن النسائي الكبرى. كتاب عشرة النّساء، بركة المرأة. الحديث رقم 9274. ج 5 ص 402؛ أحمد بن حنبل. مسند الإمام أحمد بن حنبل. الحديث رقم 25126. ج 6 ص 145).

(6) الدرهم هو "اسمٌ لِلْمَضْرُوبِ مِنَ الْفِضَّةِ وَهُوَ مُعَرَّبٌ وَزْنُهُ فِغْلٌ بِكَسْرِ الْفَاءِ وَفَتْحِ اللَّامِ فِي اللَّغَةِ الْمَشْهُورَةِ وَقَدْ تُكْسَرُ هَاؤُهُ فَيُقَالُ دِرْهَمٌ خَمَلًا عَلَى الْأَوْزَانِ الْعَالِيَةِ وَالْدِرْهَمُ سِتَّةُ دَوَانِقٍ، ويساوي 48 حبة بوزن 2,979 غراما، أنظر: (أحمد بن محمد بن علي الفيومي. المصباح المنير. ص 73؛ محمد رواس قلعة جي؛ حامد صادق قنيبي. معجم لغة الفقهاء. ص 209).

(7) الكاساني. بدائع الصّنائع في ترتيب الشرائع. ج 2 ص 275.

(8) علي بن عمر أبو الحسن الدارقطني البغدادي. سنن الدارقطني. كتاب النّكاح. باب المهر. الحديث رقم 11. دارالمعرفة، بيروت، لبنان، 1966، ج 3 ص 244.

الحد الأدنى لإيقاع حد السرقة وهو عشرة دراهم أو دينار⁽¹⁾، كما أن النبي ﷺ قد منع علي كرم الله وجهه من البناء بفاطمة رضي الله عنها قبل أن يعطيها شيئا حتى لو كان درعا وقد أعطاها درعه⁽²⁾.

ثانيا: الرأي الثاني.

رأى المالكية أن الصداق لا يقل مقداره عن ربع دينار⁽³⁾ من ذهب أو ثلاثة دراهم فضية⁽⁴⁾، على أن تكون هذه النقود خالصة وسليمة من الغش، أو ما يقوم مقامها من كل ما هو طاهر، ويمكن الإنتفاع به من الناحية الشرعية، وأن يكون مقدورا على تسليمه للزوجة ومعلوما⁽⁵⁾، لأن الصداق إنما كان لإكرام الزوجة، فإذا ما تزوج الرجل بالمرأة وقل صداقها عن هذا المقدار؛ وجب لها إذا تم البناء، وإذا لم يتم الدخول، له أن يتم الصداق إلى الحد الأدنى أو يفسخ العقد، لأن هذا الحد الأدنى هو حق لله تعالى⁽⁶⁾.

بالرجوع إلى منحنى المشرع الجزائري من حيث تقدير الصداق، وتحديد قيمته من خلال مواد قانون الأسرة لا سيما المادة 14؛ فلا حد للصداق من حيث القلة أو الكثرة، وبذلك فكل ما كان محل التزام من الناحية الشرعية جاز أن يكون صداقا، سواء كان عقارا أو منقولا أو نقودا أو منفعة، والمعياري الضابط للعمل أو المنفعة التي تصلح أن تكون محلا للصداق، هو ما يصح التزامه شرعا بما يتوافق مع نظام العقود والمعاملات⁽⁷⁾.

(1) وهبة الزحيلي . الفقه الإسلامي وأدلته. ج 9 ص 242.

(2) رواه أبو داود والنسائي (أنظر أبو داود. سنن أبي داود. كتاب النكاح. باب المهر. الحديث رقم 2125. ج 1 ص 646: النسائي. سنن النسائي الكبرى. كتاب النكاح. تحلة الخلوة وتقديم العطية قبل البناء. الحديث رقم 5568. ج 3 ص 333).

(3) الدينار "أصله دثارٌ بالتضعيف فأُبدلَ حَرْفَ عِلَّةٍ لِلتَّخْفِيفِ وَلِهَذَا يُرَدُّ فِي الْجَمْعِ إِلَى أَصْلِهِ فَيُقَالُ دَنَائِيرُ، وهو "نوع من النقود الذهبية زنة الواحد منها عشرين قيراطا وتساوي 72 حبة أي 4,25 غراما"، أنظر: (أحمد بن محمد بن علي الفيومي. المصباح المنير. ص 67؛ محمد رواس قلعة جي: حامد صادق قنبي. معجم لغة الفقهاء. ص 212).

(4) عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي المالكي أبو محمد. التلقين في الفقه المالكي. المكتبة التجارية، تحقيق: محمد ثالث سعيد الغاني، مكة المكرمة، السعودية، 1415 هـ. ج 1 ص 288.

(5) الدردير. الشرح الصغير. ج 2 ص 428 و 429.

(6) تنقسم الحقوق المتعلقة بالصداق إلى ثلاثة أوجه:

* الوجه الأول: هو حق الله تعالى، حيث لا يقل عن عشرة دراهم عند الحنفية وربع دينار أو ثلاثة دراهم عند المالكية ولا حد أدنى له عند الشافعية والحنابلة، حيث لو تم الزواج بدونه وجب صداق المثل شرعا بالدخول، وإن لم يتم الدخول كان للزوج الخيار بين إتمام الصداق أو الفسخ، فإن فسخ وجب للمرأة نصفه.

* الوجه الثاني: هو حق الزوجة، لا يقل صداقها عن مثيلاتها وكانت رشيدة عند الحنفية وغير مجبرة عند المالكية وببطل زواج البكر بدون صداق المثل، أما المجبرة أو ناقصة الأهلية فإن كان مزوجها أبوها فليس لها الاعتراض عند المالكية والحنابلة، وإن كان مزوجها غير الأب فلا يمكنه ذلك بدون صداق المثل، ورأى الشافعية أن لها حق الاعتراض إذا تم تزويجها بأقل من صداق المثل، ولذلك يجوز للزوجة التنازل لزوجها عن صداقها ولا يجوز لها التنازل عن عدم اشتراطه لأنه حق الشرع.

* الوجه الثالث: حق الأولياء، أن لا يقل صداقها عن صداق مثيلاتها، فعند الحنفية لو زوجت العاقلة البالغة نفسها بأقل من صداق مثلها كان لوليها العاصب طلب فسخ الزواج، فلورضت بإسقاط حقها فذلك لا يعني إسقاط حق وليها، فلو أتم الزوج صداق المثل لزم العقد. أنظر: القرافي. الذخيرة. ج 4 ص 206؛ ابن عابدين. حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة. ج 3 ص 240؛ الدردير. الشرح الصغير. ج 2 ص 353؛ الشريبي. مغني المحتاج. ج 3 ص 149؛ الهوتي. كشاف القناع. ج 11 ص 467).

(7) العري بلحاج . الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. ج 1 ص 105.

كما أنّ المشرّع لم يفصل كثيرا في قيمة الصّدّاق وتحديدّه، تاركا بذلك الأمر لتراضي الطّرفين، ونصّ في صلب المادّة 15 من قانون الأسرة على أنّه في حال عدم تعيين الصّدّاق في العقد تستحقّ الزّوجة صداق المثل، وعموما أخذ المشرّع الجزائري برأي المالكية في أحكام الصّدّاق⁽¹⁾، فواضح أنّه لا مانع من أن يزيد الزّوج في صداق زوجه طالما كان راضيا بذلك، والأمرايضها متروك لرضا الزّوجة إن هي قبلت بإنقاصه لأنّه حقّ لها. إنّ عدم وضع حدّ أدنى ولا أعلى للصّدّاق في قانون الأسرة الجزائري يعتبر صائبا من حيث الحدّ الأدنى، وهذا بغرض تسهيل الإقبال على الزّواج، كما أنّ القدرة المالية تختلف من زوج لآخر، فقد يدفع أحدهم صداقا غاليا ولا يؤثّر ذلك على حالته المادية، على اعتبار أنّه غنيّ مؤسر، وقد يدفع زوج آخر صداقا بسيطا ويضرب بحالته المالية لأنّه فقير معسر⁽²⁾، وليس معنى هذا بخسّ لحقّ للمرأة في الصّدّاق أو عدم دفعه لها، بل هو من باب تيسير الأمور المادية للمقبلين على الزّواج؛ فمن خلال التّمحيص في نصّ هذه المادّة، فقد جعلت من كلّ ما هو مُباح شرعا محلاّ للصّدّاق، ولأنّ المادّة 222 من قانون الأسرة أحالت إلى إعمال أحكام الشّريعة الإسلامية في حالة عدم وجود نصّ صريح، فإنّ ذلك يفتح الباب أمام إمكانية قدرة الزّوج على إصداق الزّوجة تحفيظها جزءا معيّنا من القرآن، غير أنّ تنامي نمط الحياة وماديتها، جعل هذه الصّورة للصّدّاق نادرة الحدوث إن لم تكن معدومة.

ويعتبر عدم تسقيف الصّدّاق، بعدم وضع حدّ أعلى له في نطاق نفس المادّة، أمرا غير محبّد، لاسيما في ظلّ تنامي ظواهر التّفاخر والتّغالي في المهور، فأصبحت هاجسا حقيقيا يؤرّق إرادة العديد من الشّباب في الزّواج، وعزوفهم عن هذه الضّرورة الشّرعية والحياتية، الأمر الذي نتجت عنه عواقب أخلاقية واجتماعية خطيرة عديدة، لعلّ من أبرزها التّنامي الرّهيب للعلاقات غير الشّرعية واللاأخلاقية، ونتاج ذلك المتمثّل في مجهولي النّسب.

وبخلاف المشرّع الجزائري فقد حبّد المشرّع المغربي أن يقع تخفيف الصّدّاق، مراعاة للجانب الشّرعى وتيسيرا على المقبلين على الزّواج، وهو ما تضمّنته المادّة 28 من مدوّنة الأسرة بنصّها على: "كلّ ما صحّ التّزامه شرعا، صلح أن يكون صداقا، والمطلوب شرعا تخفيف الصّدّاق"، فجعلت المدوّنة أساسه الشّرعى في قيمته المعنوية أو الرّمزية وليس قيمته المادية وفقا لنصّ المادّة 26، ويبقى للمرأة الحرّة في أن تتزوّج بما ظهر لها من صداق، ما دامت بالغة سنّ الرّشد⁽³⁾.

وتكمن المفارقة بين الشّرع والقانون، فكلاهما لم يضع حدّا أعلى للصّدّاق، ودليل ذلك هو الحادثة التي وقعت في عهد عمر بن الخطّاب رضي الله عنه، إلّا أنّ تعليمات الشّريعة الإسلامية تبقى نسبية بمعنى أنّها تراعي حال المُعسر والموسر، فإذا كان بمقدور الرّجل أن يدفع مبالغ كبيرة للمرأة وهو مُقتدر على ذلك، فلا يعني ذلك تعميم الأمر وشموله لكافة المُقبلين على الزّواج لاسيما الفقراء منهم، وهو ما يُعاب على المُجتمع

(1) عبد القادر بن حرز الله. الخلاصة في أحكام الزّواج والطلاق. دار الخلدونية، القبة القديمة، الجزائر، ط1. 2007. ص 137.

(2) غنية قري. شرح قانون الأسرة المعدّل دراسة مقارنة بين الشّرع والقانون. دار طليطلة، المحمدية، الجزائر، ط1. 2011. ص 38.

(3) محمد الأزهري. شرح مدوّنة الأسرة. ص 81.

الحالي الذي تحاول بعض العائلات فيه مُضاهاة الأغنياء، وتطلب صداقا مُكلفا وتُثقل كاهل الرجل، مُتناسية بذلك فضل تيسير الصّداق وعدم الإبتذال، وهو ما ولّد الآثار العكسية لإكرام المرأة من حيث الإعراض عن الزّواج بها.

الفرع الثامن: تأجيل الصّداق وتعجيله.

قد يتمّ الإتفاق بين الزّوجين أو أهلهما على تأجيل دفع الصّداق بعد الدّخول أو تعجيله قبل البناء، وعلى هذا الأساس اتّفق الفقهاء على إمكانية تأجيله؛ فرأى الحنفية أنّ الصّداق يمكن أن يكون مؤجّلا أو معجّلا كلّه أوجزه منه بحسب الاتفاق، على أن يكون التّأجيل لوقت قريب أو بعيد أو أقرب الأجلين: الدّخول أو الوفاة، ولا يكون هذا الأجل مُتضمّنا جهالة فاحشة⁽¹⁾، أمّا إذا لم يتّفقا على تأجيل الصّداق أوتعجيله تمّ العمل بعُرف البلاد⁽²⁾، وفي حالة عدم وجود عُرف بالتّأجيل أوالتعجيل يُدفع الصّداق حالا، لأنّ حكم المسكوت هو حكم المُعجّل⁽³⁾، كما رأى الحنابلة جواز تأجيله كلّه أو جزء منه، لأجل معلوم لأنّه عوض في معاوضة فجاز ذلك فيه كالثّمن⁽⁴⁾، فإذا كان الأجل مجهولا بطل وحلّ الصّداق، فإذا أجّله بأجل غير مجهول وسكتت فإنّه يصحّ، وحدّ هذا الميعاد هو الطّلاق أو الوفاة، والمقصود بالطلاق هوالبائن؛ أمّا الرّجعي فلا يحلّ به الصّداق إلا بانتهاء العدة⁽⁵⁾، ورأى الشّافعية كذلك جواز تأجيله، على أن لا يكون الأجل مجهولا، سواء كان التّأجيل متضمّنا كامل الصّداق أو جزءا منه، فإن تزوّجها على مقدار معيّن إلى أجل لم يحدّده، فالتّسمية فاسدة ولها صداق المثل، وأيضا إذا تزوّجها على مقدار معيّن، نصفه مقدّم والنّصف الآخر مؤخّر إلى الوفاة أو الطّلاق، كانت التّسمية فاسدة ووجب صداق المثل⁽⁶⁾، أمّا المالكية فقد فصلّوا في مسألة التّأجيل باختلاف بلد انعقاد العقد؛ حيث أنّه لو كان الصّداق حاضرا في البلد كالدار والثياب، يجب تسليمه للمرأة أو وليّها وقت العقد، ولا يجوز تأخيرها عن ذلك حتى برضاها، فإذا تمّ اشتراط التّأجيل في العقد فسد، باستثناء إذا كان الأجل قريبا، ويمكن للمرأة أن تؤجّل من غير شرط والتّعجيل من حقّها⁽⁷⁾، أمّا إذا كان الصّداق غائبا عن بلد العقد كان العقد صحيحا إن تمّ التّأجيل لمُدّة قصيرة لا تؤدّي لتغيّر الصّداق وإلاّ كان العقد فاسدا⁽⁸⁾، وفي صورة ما لم يكن الصّداق معيّنا كالنّقود والمكيل، فيجوز تأجيله كلّه أو جزء منه إلى ميسرة الزّوج، إن كان يرصد مدخولا، فيجب أن يكون الأجل معلوما غير بعيد⁽⁹⁾.

(1) الكاساني. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ج 2 ص 288 و289.

(2) ابن عابدين . حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبوحنيفة. ج3 ص 144.

(3) الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند. الفتاوى الهندية. دار الفكر. بيروت، لبنان، 1991. ج 1 ص 318.

(4) ابن قدامة. المغني. ج8 ص 22.

(5) البهوتي. كشف القناع. ج 11 ص 462.

(6) الشربيني. مغني المحتاج. ج3 ص 223 و230.

(7) الدردير. الشّرح الصغير. ج2 ص 433.

(8) الدسوقي. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. ج 2 ص 297.

(9) الدردير. المرجع نفسه. ج2 ص 433.

بالرجوع للمشرع الجزائري فقد نصّ على تأجيل الصّدّاق أو تعجيله من خلال المادّة 15 من قانون الأسرة، وبمحاكاة ما ورد في تفاصيل المذاهب الفقهية، يتّضح أنّ المشرع قد أخذ برأي الجمهور في مسألة تأجيل الصّدّاق، ولم يأخذ برأي المالكية، فإذا ما عجل الزوج لزوجته صداقها المتفق عليه كاملا لا حجة لها في الامتناع عن الالتحاق ببيت الزوجية⁽¹⁾، فقد يعجل الصّدّاق كلّ، فيدفعه الزوج إلى زوجته أو إلى من ينوبها ينوبها أو أن يؤخّره إلى بعد الدّخول، كما أنّ التأجيل قد يلحق الصّدّاق كلّ أو جزءا منه؛ بمعنى يكون مُعجّلا في قسط، والقسط الباقي يكون مؤجّلا بالإتفاق بين الطرفين على ميعاد معيّن، فإن لم يكن كذلك كان ميعاده الطّلاق أو الوفاة⁽²⁾، فمن خلال نصّ المادة يتّضح أنّ مسألة الصّدّاق متروكة للمتعاقدین، سواء كان كلّهُ مؤجّلا أو مُعجّلا، أو كان مُعجّلا في جزء ومؤجّلا في الباقي⁽³⁾، بل إنّ المحكمة العليا ربّبت من خلال اجتهاداتها القضائية عدم انقضاء عقد الزواج إذا لم يتمّ تحديد الصّدّاق من حيث القيمة، عن طريق فرض صداق المثل⁽⁴⁾.

وقد أشار المشرع المغربي إلى إمكانية مُطالبة الزّوجة بأداء الحال من الصّدّاق قبل المعاشرة الزوجية، وفي حال وقوع المعاشرة الزوجية قبل الأداء، كان الصّدّاق دينا في ذمّة الزوج، وهو ما تضمّنته المادة 31 من المدوّنة، فإذا تمّت المعاشرة الزوجية أصبح الصّدّاق دينا يؤدّيه الزوج عاجلا أو آجلا، وفي حال موت الزوج، فإنّ الصّدّاق يُستخلص من تركته لفائدة الزّوجة أو ورثتها⁽⁵⁾.

كما أنّ المشرع التونسي قد نصّ بموجب الفصل 13 من مجلّة الأحوال الشخصية على أنّه لا يمكن للزوج إجبار المرأة على البناء إذا لم يدفع لها المهر، وإذا تمّ البناء قبل أن يدفعه لها بقي دينا في ذمّته، ولا يعدّ عدم أدائه لها سببا لطلب الطّلاق، فمؤدّي هذا النصّ أنّه بالبناء يتأكّد المهر وصار دينا في ذمّة الزوج، وسقط حقّ الزّوجة في الامتناع عن زوجها، وإن هي امتنعت صارت ناشزا⁽⁶⁾.

الفرع التاسع: التّنازع حول الصّدّاق.

قد يحدث وأن يكون الصّدّاق محلا للّزاع بين الزوجين أو من ينوبهما، وذلك راجع إلى عدم وضوح الرّؤية لدى كلّ منهما، وادّعاءه أنّه قصد أمرا لم يفهمه الطّرف الآخر، فيترتّب على ذلك خلاف حول الصّدّاق من حيث تسميته، أو تحديد مقداره، أو قبضه من عدمه، وعليه ينبغي التّفصيل في هذه الجزئيات من النّاحية الفقهية، بهدف التّمهيد ومعرفة موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة.

(1) العربي بلحاج . الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. ج 1 ص 107.

(2) عبدالعزيز سعد. قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد. ص 47 و 48.

(3) أحمد نصرالجندي. شرح قانون الأسرة الجزائري . ص 55.

(4) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية – قرار صادر بتاريخ 1998/11/17. ملف رقم 210422. عدد خاص . ص 53.

(5) عبد الكريم شهبون. الشّافي في شرح مدوّنة الأسرة. ج 1 ص 92.

(6) أحمد نصرالجندي. الأحوال الشخصية في القانون التونسي. ص 23.

أولاً: النزاع حول تسمية الصّدّاق أو عدم تسميته.

تتجلى هذه الحالة في صورة ما ادّعى الزّوجان أو ورثتهما تسمية الصّدّاق، وأنكره الطرف الآخر؛ فرأى الحنفية أنّه في حالة ما كان الخلاف في حياة الزّوجين، فعلى مُنكر التّسليم أن يحلف إعمالاً لقاعدة "البينة على من ادّعى واليمين على من أنكر"، فإن نكل عن اليمين ثبتت التّسمية، وإن حلف وجب صدّاق المثل، وإن كان الخلاف بعد الطّلاق وقبل الدّخول وجبت المُتعة؛ أمّا إذا وقع الخلاف بعد وفاة أحد الزّوجين كان الأمر كما في حياة الزّوجين، فمن كان له القول لو كان حيّاً كان القول لورثته، فيُحكم بالمُسّعى إن ثبت، وبصدّاق المثل إن لم يثبت⁽¹⁾؛ أمّا المالكية فرأوا أنّ الأولى في هذه المسألة هو إقامة البينة فمن أقامها قُضي له، أمّا إذا لم تكن البينة يتمّ إعمال العُرف في التّسمية وعدمها مع اليمين، فلو ادّعى الزّوج زواجه تفويضاً بدون تسمية عند مُعتادي التّفويض، وادّعت هي التّسمية، فالقول قوله مع اليمين حتى بعد الدّخول أو الموت أو الطّلاق، فعليه أن يدفع لها صدّاق المثل بعد الدّخول، ولا يدفع لها شيئاً في الطّلاق أو الموت قبل الدّخول، فإن كان المعتاد هو التّسمية فالقول للزّوجة مع يمينها ويثبت الزّواج⁽²⁾، ورأى الحنابلة أنّه في صورة ما وقع الخلاف بين الزّوجين أو ورثتهما في التّسمية، بأن يُنكر تسمية الصّدّاق، وتدّعي هي أنّه ذكر لها صدّاق المثل، فالقول قوله مع يمينه، ولها صدّاق المثل بالدّخول أو الموت، فلو طلق ولم يدخل بها فلها المُتعة، لأنّ القول قوله في عدم التّسمية فهي مفوّضة⁽³⁾، كما رأى الشّافعية أنّه لو ادّعت المرأة تسمية الصّدّاق وأنكر الزّوج ذلك، ولم يدّع التّفويض يتحالفان في الأصح، لأنّ حوصلة الخلاف في قدر الصّدّاق، فالزّوج يقول أنّ الواجب هو صدّاق المثل وتدّعي هي الزّيادة عليه، ويتحالفهما تنتفي بيمين كلّ منهما دعوى صاحبه، فيكون العقد بلا تسمية فيجب صدّاق المثل⁽⁴⁾.

ثانياً: النزاع حول مقدار الصّدّاق المُسمّى.

قد يختلف الطرفان حول قيمة الصّدّاق، من حيث ادّعاء الزّوج أنّه دفع أكثر ممّا تقرّ به الزّوجة، فرأى أبو حنيفة ومحمد أنّ القول لمن شهد له صدّاق المثل بيمينه، فمن أقام البينة حُكم له، وإن أقامها معا قدّمت بيّتها عليه، إن كان صدّاق المثل شاهداً للزّوج لأنّها تثبت الزّيادة، وتؤخذ بيّنته إن كان صدّاق المثل شاهداً للزّوجة لأنّها تثبت النقصان، أي إعمال قاعدة أنّ البينة تثبت خلاف الظّاهر، وإن كان صدّاق المثل بينهما تحالفاً فإن حلفا حُكم به، فكان أبو حنيفة ومحمد يُعملان صدّاق المثل، أمّا إذا تمّ الاختلاف في جنس الصّدّاق أو نوعه أو صفته فيعتدّ بقيمته⁽⁵⁾، أمّا المالكية فقد رأوا أنّ النزاع بين الزّوجين حول قيمة الصّدّاق إذا كان قبل الدّخول يتحالفان، ويفسخ العقد على أن تحلف هي أولاً، ويُحكم لمن كان قوله قريباً من العُرف

(1) السرخسي. المبسوط. ج 5 ص 64.

(2) الدردير. الشّرح الصغير. ج 2 ص 494.

(3) شمس الدين أبي محمد عبد الرحمن بن الشيخ أبي عمر محمد بن أحمد ابن قدامة المقدسي. الشرح الكبير على متن المقنع. دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1983. ج 8 ص 71.

(4) الشيرازي. المهذب في فقه الإمام الشافعي. ج 2 ص 61.

(5) الكاساني. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ج 2 ص 305.

السائد في البلد، ومن نكل اليمين حُكِمَ ضده مع يمين خصمه ولا يفرّق بينهما؛ أمّا إذا كان ادّعاؤهما غير مقارب للعرف يتحالفان على ادّعائهما ونفي ما يدّعي الآخر، لأنّ كليهما مدّعي ومُدّعى عليه، فإذا حلفا أو امتنعا عن الحلف، فرّق القاضي بينهما بطلقة، أمّا إذا كان الخلاف واقعا بعد الدّخول فالقول قول الزّوج مع يمينه⁽¹⁾؛ وبحسب الشافعية فالخلاف الواقع على الصّدّاق، من حيث المقدار، أو الصّفة، أو الأجل بين الزّوجين، يوجب تحالفهما وكذلك الأمر بالنّسبة لورثتهما، ويفسخ الصّدّاق ويجب صدّاق المثل، على أن لايفسخ العقد⁽²⁾؛ وقال الحنابلة أنّ النزاع في قيمة الصّدّاق بعد العقد بدون وجود البيّنة، فالقول لمن يدّعي صدّاق المثل من الزّوجين؛ فإذا ادّعت صدّاق المثل أو أقلّ فالقول قولها، وإن ادّعى الزّوج صدّاق المثل أو أكثر فالقول قوله⁽³⁾.

ثالثا: النزاع حول قبض الصّدّاق المُعجل.

تتجلى هذه الحالة في صورة ما ادّعى الزّوج دفعه كلّ الصّدّاق، وتدّعي الزّوجة عدم قبض أي شيء منه أو قبض جزء فقط، فبحسب الحنفية فالأمر منوط بالدّخول وعدمه، فإذا كان الخلاف قبل الدّخول كان القول قولها مع اليمين، وعلى الزّوج إثبات ما يدّعيه بالبيّنة، أمّا إذا كان بعد الدّخول، ولم يكن هناك عرف بدفع شطرمن الصّدّاق فالقول قولها بيمينها، وإن كان هناك عرف فيسري في النزاع على أصل القبض، كأن تدّعي الزّوجة عدم قبضها الصّدّاق كليّا، وكان العرف يقتضي تقديم جزء منه فيحكم عليها به⁽⁴⁾، واتفق المالكية مع الحنفية في حالة قبض الصّدّاق قبل الدّخول، فالقول قولها وأمّا بعد البناء، فالقول قول الزّوج مع اليمين، إلّا إذا كان عرف يقضي بخلاف ذلك فيرجع إليه⁽⁵⁾؛ كما وافق الحنابلة والشافعية الحنفية، دون تفريق بين ما قبل الدّخول وبعده، أي إذا اختلفا في القبض فادّعاه الزّوج وأنكرته الزّوجة فالقول قولها، وإن كان الصّدّاق تعليم القرآن فإن كانت لا تحفظ السّورة فالقول قولها، لأنّ الأصل عدم التّعليم، وإن كانت تحفظها فالأمر فيه وجهان: أنّ القول قولها لأنّ الأصل أنّه لم يُعلّمها، والثاني أنّ القول قوله لأنّه لا أحد غيره علّمها⁽⁶⁾.

بالرجوع إلى المشرّع الجزائري في مسألة علاج حالة النزاع بين الزّوجين أو ورثتهما، ولم تكن هناك بيّنة حول الصّدّاق، فإنّه لم يتّبع التّفاصيل الفقهيّة التي جاءت دقيقة حول تسمية الصّدّاق، أو مقداره، أو قبضه، وإنّما جعل الأمر مُقتَرنا بزمان حدوث واقعة الدّخول، أي شَطَرًا الأمر إلى ما قبل الدّخول وبعده، ومن خلال

(1) القرطبي. الكافي في فقه أهل المدينة. ص 253.

(2) النووي. روضة الطالبين وعمدة المفتين. ج 7 ص 323.

(3) الحجاوي. الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل. ج 3 ص 222.

(4) ابن عابدين. حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة. ج 3 ص 108.

(5) الدسوقي. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. ج 2 ص 335.

(6) منصور بن يونس بن إدريس الهوتي. شرح منتهى الإرادات المُسمّى دقائق أولى النّهى لشرح المنتهى. عالم الكتب. بيروت، لبنان، 1996. ج 3 ص 23؛ الشيرازي. المهذب في فقه الإمام الشافعي. ج 2 ص 62.

التفصيلات الفقهية السابقة يتّضح أنّ المشرّع قد أخذ برأي المالكية⁽¹⁾ في جزئية التنازع حول الصّدق، من حيث القبض وصاغ عليها النص القانوني الفاصل في هذا النزاع، وهو ما نصّت عليه المادة 17 من قانون الأسرة التي نصّت على: "في حالة النزاع في الصّدق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بيّنة وكان قبل الدّخول، فالقول للزّوجة أو ورثتها مع اليمين. وإذا كان بعد البناء فالقول للزّوج أو ورثته مع اليمين".

يظهر من خلال هذه المادة أنّه إذا جرى خلاف حول الصّدق ولم تكن هنالك بيّنة لدى الطّرفين، فالمسألة منوطة بالدّخول، فإذا كان النزاع قبل الدّخول ولم تكن بيّنة على ادّعاءهم، فالقول للزّوجة أو ورثتها مع اليمين، أي أنّ الزّوجة أو ورثتها ينكرون تسليم الزّوج الكلّي أو الجزئي للصّدق لوليّ الزّوجة، أو إلى شخص آخر مفوّض لاستلامه، وليس لديه بيّنة لإثبات واقعة التّسليم، فعلى الزّوجة أن تقسم بالله العظيم أنّها لم تنل هذا الصّدق بأي وجه من الأوجه، والأمريشمل أيضا ورثتها إذا ما توفيت الزّوجة قبل البناء⁽²⁾، لأنّ المنطق يقتضي أنّ الزّوجة لا تسلّم نفسها للزّوج طالما لم تقبض الصّدق.

أمّا في صورة ما كان التنازع بعد الدّخول، ولم تكن هناك بيّنة فالقول للزّوج أو ورثته بشرط اليمين، بمعنى أن يدّعي الزّوج تسليمه الصّدق لها، ولم تكن له بيّنة، وتُنكره ذلك أو ورثتها، فيقسم بالله العظيم، أنّه قد سلّمها ويُقضى له بادّعاءه، و ينسحب الأمر على ورثته أيضا.

يتّضح من خلال النصوص الفقهية، وكذا النصّ التشريعي أهمية إجراء اليمين بين المتخاصمين، وذلك على سبيل التأكيد على صحّة ادّعاء كل طرف، غير أنّ ذلك لا يكون إلّا في صورة ما لم يحز أيّ منهما البيّنة، فلا يتمّ الالتجاء إلى القسم، إلّا إذا انتفت البيّنة وغابت الوسائل الإثباتية⁽³⁾، وبالمفهوم المخالف فإنّ أي تقديم للبيّنة يعطي صاحبه الحقّ في الحُكم له دون الالتجاء إلى القسم.

وعلى هذا المنوال دأبت المحكمة العليا في تفصيل حالة التنازع حول الصّدق، متوافقة مع نصّ المادة 17 حيث نصّ اجتهاد قضائي على: "من المقرّر شرعا وقانونا أنّه في حالة النزاع على الصّدق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بيّنة، وكان قبل الدّخول فالقول للزّوجة أو ورثتها مع يمينها. وإذا كان بعد البناء فالقول للزّوج أو ورثته مع اليمين. ومن ثمّ فالقضاء بخلاف هذا المبدأ يعدّ مخالفة للقواعد الشرعية والقانونية. لمّا كان من الثّابت - في قضية الحال - أنّ جهة الاستئناف التي أيدت الحُكم المستأنف لديها القاضي على الطّاعن بآدائه للمطعون ضدها مؤخّر صداقها دون مراعاة للقاعدة المتعلّقة بالخلاف بين الزوجين على الصّدق، فإنّها بقضائها كما فعلت خالفت القواعد الشرعية والقانونية. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"⁽⁴⁾.

(1) نصر سلمان؛ سعاد سطحي. أحكام الخطبة والزّواج في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع قانون الأسرة. دار السلام، ص 177.

(2) عبدالعزيز سعد. قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد. ص 49.

(3) الغوثي بن ملح. قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء. ص 62.

(4) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية - قرار صادر بتاريخ 1991/06/18 ملف رقم 73515 - (المجلة القضائية لسنة 1992. العدد

الرابع. ص 69).

من خلال هذا النص الاجتهادي للمحكمة العليا، يتّضح بشكل جليّ مدى المفارقة بين توظيف المصطلحات بينه وبين نصّ المادة 17 من قانون الأسرة، فلقد نصّ الاجتهاد على "مؤخّر الصّدّاق"، الأمر الذي لا يوجد له أثر في النصّ التشريعي، وهو ما يفهم منه أنّ الزوج قد أدّى جزءا من الصّدّاق، وتبقى جزء في ذمّته، وكان عليه أن يؤدّيه، وعلى كلّ فإنّ القضاة قد أعطوا للزوجة الحقّ في صداقها، دونما إعمال لتفاصيل المادة 17 الأمر الذي استوجب نقض القرار.

فاليمين الموجهة لأحد الأطراف منوطة بانعدام البيّنة في إثبات الخلاف الناشئ حول الصّدّاق، وهو ما تبنّاه قرار قضائي بنصّه على: "من المقرّر شرعا أنّه في حالة نشوء خلاف بين الزوجين على مؤخّر الصّدّاق، يؤخذ بقول الزوجة مع يمينها إذا لم يدخل بها، وبعد البناء يكون القول للزوج مع يمينه. إذا ما تمت مخالفة هذا المبدأ، يستوجب نقض القرار الذي قضى على الزوج بردّ مؤخّر الصّدّاق المتنازع"⁽¹⁾.

كما عالجت المحكمة العليا تفصيلا يرتبط بتوجيه اليمين المتعلّقة بالنزاع حول الصّدّاق، من خلال القرار التالي: "من المقرّر قانونا أنّه يجوز للقاضي منع توجيه اليمين، إذا كان الخصم متعسّفا في ذلك، ومن ثمّ فإنّ التّعي على القرار المطعون فيه بخرق القانون غير سديد. ولما كان من الثّابت -في قضية الحال- أنّ المجلس القضائي لمّا رفض توجيه اليمين إلى الزوجة فيما يخصّ مؤخّر الصّدّاق والأمتعة الباقية في بيت الزوجة باعتبار أنّ الزوج لم يُنكر ذلك، يكون بقضائه كما فصل قد طبّق القانون تطبيقا صحيحا وعلّل قراره تعليلا كافيا. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطّعن"⁽²⁾، يتّضح من خلال هذا النصّ أنّ المحكمة العليا لم تنقض القرار، لأنّ اليمين الموجهة إلى الزوجة لا اعتبار لها، مادام أنّ الزوج لم يُنكر ذلك، فيقضى لها بدون الاستئناس باليمين.

ويتعيّن على الزوج إثبات الوفاء بالصّدّاق، من خلال قرار المحكمة العليا الذي نصّ على: "إنّ مؤخّر الصّدّاق الثّابت بعقد رسمي حقّ للزوجة، وعلى الزوج يقع عبء إثبات الوفاء به"⁽³⁾، فواضح مدى العبء الملقى على عاتق الزوج، الذي عليه إثبات عكس الظّاهر، المتمثّل في عدم دفعه مالم يُقيم الزوج الدّليل على خلاف ذلك.

لقد أشار المشرّع المغربي إلى فكرة لم يتضمنها قانون الأسرة الجزائري، وذلك باعتباره أنّ الصّدّاق لا يخضع للتّقادم وفقا لنصّ المادة 33 من المدوّنة، فلو طالّت مدّة الزواج، يبقى الزوج مُلزما بأدائه، وفي حالة الطّلاق يُضمن كدين من مستحقّات الزوجة، أمّا في حالة الوفاة يعتبر ديناً يُستوفى من تركّة الزوج⁽⁴⁾.

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية - قرار صادر بتاريخ 12/01/1987 ملف رقم 44058- (المجلة القضائية لسنة 1989. العدد الثاني . ص 97).

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية - قرار صادر بتاريخ 30/04/1990 ملف رقم 59335- (المجلة القضائية لسنة 1992. العدد الأوّل . ص 29).

(3) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية - قرار صادر بتاريخ 17/10/2001 ملف رقم 264555- (المجلة القضائية لسنة 2003. العدد الثاني . ص 282).

(4) محمد الأزهر. شرح مدوّنة الأسرة. ص 88.

بخصوص اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وبالرغم من سعيها لوضع قواعد عامة من شأنها المساواة بين الرجل والمرأة، أو بالأحرى إعطاء هوامش أكبر من الحرية والحقوق للمرأة، فإنها لم تُعط المرأة ما أعطاهها قانون الأسرة الجزائري المُستنبط من الشريعة الإسلامية، ولا سيما استحقاقها للصدّاق بمناسبة زواجها، فلم تتضمن الاتفاقية إشارة واحدة للصدّاق كحق تستحقّه المرأة، وإنّما جاء النص على أنّ للمرأة أن تتمتع بالاستحقاقات الأسرية شأنها في ذلك شأن الرجل، وفقا لنص المادة 13.

كما أنّ المادة السادسة عشر من الاتفاقية قد شملت في فقرتها (أ) ضرورة اتّخاذ الدول الأطراف التدابير اللازمة حتى تقضي على التمييز ضدّ المرأة في كافة التفاصيل الخاصّة بالزّواج، وهو ما نصّت عليه المادة كالتالي: "تتخذ الدّول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزّواج والعلاقات الأسرية وبوجه خاص تضمن، على أساس تساوي الرجل والمرأة : (أ) نفس الحق في عقد الزّواج".

فكان اهتمام الاتفاقية مُتمحورا حول جعل المرأة مُساوية للرجل بصفة عامة، وعدم تفصيل ذلك، حتى في ظلّ امتياز المرأة على الرجل ببعض الاستحقاقات الأسرية ومن ضمنها الصدّاق الذي تناله هي، ولا يناله الرجل كونه هو الذي يدفعه لها دليلا على رغبته في الارتباط بها في النّطاق الشرعي والقانوني، وهو ما يشكّل مخالفة للاتفاقية التي جعلت الاستحقاقات الأسرية متساوية بين الزّوج وزوجته، فتنظيم الشرع لحقوقها المالية والتي من بينها الصدّاق قبل الزّواج يعدّ ضمنا لمصلحتها عوض البحث عن مساواتها مع الرجل⁽¹⁾.

الفرع العاشر: الجوانب الإجرائية في المطالبة بالصدّاق.

ينبغي على من يدّعي حقّه في الصدّاق أن يُراعي بعض التّفصيلات الإجرائية، حيث أنّ المطالبة بالصدّاق مُرتبطة بانعقاد الزّواج، ولذلك وجب أن يتمّ إثباته، وبعدها رفع دعوى بخصوص الصدّاق أمام المحكمة المختصة، وهو ما سيتمّ تبينه كما يلي:

أولا: ضرورة إثبات الزّواج.

تُعدّ مسألة إثبات الزّواج من بين أهم مسائل حقل شؤون الأسرة، لما يترتّب عليها من حقوق لأطراف العلاقة الزوجيّة وللغير، فلا يمكن الاعتراف بعقد الزّواج إلّا باستظهار نسخة من عقد الزّواج المُستخرجة من سجلات الحالة المدنية، وقد يكون الزّواج قد انعقد أمام ضابط الحالة المدنية أو أمام الموثّق، وفقا للشروط المنصوص عليها في القانون، وهو ما نصّت عليه المادة 18 من قانون الأسرة التي نصّت على: "يتمّ عقد الزّواج أمام الموثّق أو أمام موظف مُؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين (9 و9 مكرر) من هذا القانون".

غير أنّه يمكن في صورة عدم قيد عقد الزّواج أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثّق أن يتم استصدار حكم من المحكمة المختصة، وفقا لما جاءت به المادة 22 من قانون الأسرة بنصّها على: "يثبت الزّواج

(1) تيسير فتوح حجة. حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية دراسة مقارنة . مركز إعلام حقوق الإنسان والديمقراطية- شمس، رام الله، فلسطين المحتلة، 2009. ص 225.

بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي. يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة".

فإذا تمّ اللجوء إلى المحكمة لإثبات وتسجيل الزواج العرفي وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية بسبب إهمال أونسيان التصريح به، ثمّ رغب الزوجان أو أحدهما أو أحد الورثة في إثباته من أجل الاحتجاج به تجاه الغير أو اتّجاه الجهات المعنية، فيمكن اللجوء للمحكمة المختصة بغرض إثبات وجوده وتسجيله.

أمّا إذا تمّ الزواج بدون قيده في سجلات الحالة المدنية ولا أمام الموثّق، وأنكر أحد الأطراف العلاقة الزوجية ببطلانها أو عدم صحّتها، فيتمّ الالتجاء إلى القضاء من خلال إقامة دعوى عادية أمام قسم شؤون الأسرة بالمحكمة التي يكون قد وقع إبرام عقد الزواج العرفي ضمن دائرة اختصاصها، ويقدم الطرف المدعي ما لديه من وسائل إثبات هذا العقد من أجل إصدار حكم قضائي.

فإذا قبلت المحكمة دعوى المدعي وحكمت بصحة عقد الزواج، كان على المستفيد أن يسعى لتسجيله بعد أن يصبح نهائيا، ويستطيع بعد ذلك استخراج نسخة منه لإثبات عقد الزواج والاحتجاج به، أمّا إذا عجز عن إقامة الدليل وبقي الطرف الآخر منكرا له، فإنّ القاضي يحكم برفض دعواه لعدم التأسيس، ولا يكون لمن خسر دعواه سوى الطعن في هذا الحكم بالطرق التي يقرّها القانون وتقديم الأدلة على قيام الزواج وصحّته⁽¹⁾.

ثانيا: قيد الدّعى المتعلّقة بالنّزاع حول الصّدّاق.

يُعتبر الصّدّاق من أهم مقتضيات عقد الزواج، وعلى هذا الأساس إذا تمّ إثباته بمُستخرج من الحالة المدنية أو بحكم فيمكن للطرف الراغب في المطالبة بالصّدّاق أن يرفع دعوى عادية، يطالب من خلالها باستحقاقه للصّدّاق كاملا أو نصفه، وهو ما ينطبق على الزوجة باختلاف الحال من حيث الطلاق قبل البناء أو بعده أو بوفاة الزوج، وكذا إمكانية مطالبة الزوج بنصفه إذا وقع الطلاق قبل الدخول، وفقا لأحكام المادة 16 من قانون الأسرة الجزائري، فضلا عن استرداده من قبل الرجل إذا تمّ العدول عن الخطبة، أو تحصيل مؤخره أو تأكيده⁽²⁾، ويجب مراعاة قواعد الاختصاص كما يلي:

1- الاختصاص النّوعي لمنازعات الصّدّاق.

لم يحدّد المشرّع الجزائري صراحة القسم المعني بنظر المنازعات المتمحورة حول الصّدّاق، لكن بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإنّ مسألة الاختصاص النّوعي لقسم شؤون الأسرة تمّت الإشارة إليها في نطاق المادة 423 عموما، ويمكن استنتاج أنّ الصّدّاق يمكن أن ينظره هذا القسم من خلال نصّ هذه المادة على أنّه مخوّل بمعالجة الزواج وتوابع انحلال الرابطة الزوجية، وفقا للحالات المنصوص عليها في قانون الأسرة، فنصّت المادة في فقرتها الأولى على: "ينظر قسم شؤون الأسرة، على الخصوص في الدعاوى الآتية:

(1) عبد العزيز سعد. إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية. ص 129...131.

(2) العربي بلحاج. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث إجهادات المحكمة العليا) أحكام الزواج. ج 1 ص 112.

1- الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية وانحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة...".

2- الاختصاص الإقليمي لمنازعات الصداق.

يتولى قسم شؤون الأسرة النظر في منازعات الصداق للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وفقا لما أشارت إليه المادة 426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي نصت على: "تكون المحكمة مختصة إقليمياً...8- في موضوع المنازعة حول الصداق بمكان موطن المدعى عليه".

المطلب الثاني: حق الزوجة في النفقة الزوجية.

لما كان الزوج قيماً على زوجته، فذلك يوجب عليه بعض الالتزامات المالية وغير المالية، ولعل النفقة الزوجية من بين أهم الآثار المالية لعقد الزواج، وذلك بموجب الشرع والتشريع، لأن مستلزمات الزوجة الحياتية تدخل في نطاق المسؤوليات المالية للزوج، ويتربط على عدم تأديتها مسؤولية عالجتها الشريعة الإسلامية، وأخذ بحذوها التشريع الجزائري، وعلى ذلك وجب الاهتمام بهذا الحق المالي بكل دقائه وفقاً للتفصيل الآتي:

الفرع الأول: تعريف النفقة الزوجية.

الفرع الثاني: حكم النفقة الزوجية.

الفرع الثالث: موجبات النفقة الزوجية.

الفرع الرابع: مشمولات النفقة الزوجية.

الفرع الخامس: المعتبر في تقدير النفقة الزوجية.

الفرع السادس: تاريخ استحقاق النفقة الزوجية.

الفرع السابع: مسقطات النفقة الزوجية.

الفرع الثامن: إعاقة الزوج بالنفقة الزوجية.

الفرع التاسع: الجوانب الإجرائية في المطالبة بالنفقة الزوجية وأثر الإمتناع عن أدائها.

الفرع الأول: تعريف النفقة الزوجية.

قبل التطرق لتفاصيل النفقة ينبغي الإحاطة بمعانيها اللغوية والاصطلاحية وفقاً لما يلي:

أولاً: تعريف النفقة في اللغة.

تشتمل مادة نفق على حروف النون والفاء والقاف، وهي في اللغة الفرنسية (La Pension Alimentaire)⁽¹⁾

وباللغة الانجليزية (The Alimony)⁽²⁾، ويشتمل معناها في اللغة عدة معاني منها:

(1) ابتسام القزام. المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري. ص 56.

(2) محمد رواس قلعة جي؛ حامد صادق قنيبي. معجم لغة الفقهاء. ص 485.

1- النّفوق: هذا المعنى مصدر لفعل (نفق)، وحُصِّصَ للدَّابة والفرس والهائم بصفة عامة إذا ماتت أو هلكت⁽¹⁾.

2- الإنفاق: مصدره الفعل (أنفق) ومعناه صرف المال وإفناؤه، وأنفق الرَّجل، أي افتقر وذهب ماله، ومنه قوله تعالى: ﴿قُلْ لَوْ أَنْتُمْ تَمْلِكُونَ خَزَائِنَ رَحْمَةِ رَبِّي إِذَا لَأَمْسَكْتُمْ خَشْيَةَ الْإِنْفَاقِ...﴾⁽²⁾، أي خشية الفاقة⁽³⁾، وقد أنفقت الدّهرم، من النّفقة، ورجل منفاق، أي كثير النّفقة⁽⁴⁾، ونفقت الدّراهم، إذا فنيت⁽⁵⁾.

3- النّفاق: مصدر من الفعل نفق بمعنى راج، فيقال نفقت السلعة نفاقا بمعنى راجت⁽⁶⁾، وأيضا نفقت السوق تنفق نفاقاً ونفوقاً بمعنى غلت ورُغِبَ فيها وكذلك السلعة⁽⁷⁾، والنّفق: سرب في الأرض له مخلص إلى مكان⁽⁸⁾.

من خلال كلّ هذه التّفريعات المفاهيمية يتّجه معنى النّفقة إلى الهلاك، والإفناء والافتقار، وكذا إلى الرّواج والغلاء والخروج، ولعلّ المعنى المنشود في هذا الخصوص هو الهلاك والافتقار والخروج؛ على أساس أنّ المُنفق يفقر وتنقص أمواله ويخرجها في سبيل صرفها لمن يستحقونها.

ثانيا: تعريف النّفقة الزوجية في الاصطلاح.

تُعتبر النّفقة الزوجيّة من أصناف النّفقات التي تضمّ أيضا النّفقة على الأقارب، وسمّيت بالنّفقة الزوجية لخصوصيتها، وارتباطها بالزّوجة فقط دون غيرها من مستحقّي النّفقة، بالرّغم من انطلاقها من المعنى العام للنّفقة، حيث أنّ المُنفق يبذل ماله كعطاء منه بغية العناية بمن هم مسؤولون منه كواجب عليه، فالمقصود بها "ما تحتاج إليه الزّوجة من طعام، ومسكن، وخدمة ودواء وإن كانت غنية"⁽⁹⁾، فجاء هذا التّعريف موضّحا موضّحا لمشمولات النّفقة الزوجية وقصرها على الزّوجة حتى لو كانت موسرة، بالإضافة إلى استعماله معنى الخدمة وهو مفهوم نسبي يتغيّر بتغيّر الزّمان والمكان.

بالرّجوع إلى المشرّع الجزائري فإنّه لم يخصّص تعريفا خاصّا بالنّفقة الزوجية، إلّا أنّ قانون الأسرة تضمّن مشتملاتها من خلال المادة 78 والتي نصّت على: "تشمل النّفقة: الغذاء والكسوة والعلاج، والسّكن أو أجرته، وما يعتبر من الضّروريات في العرف والعادة".

(1) ابن منظور. لسان العرب. ج 10 ص 357: الفيومي. المصباح المنير. ص 236.

(2) سورة الإسراء. الآية 100.

(3) ابن الهمام. شرح فتح القدير. ج 5 ص 262.

(4) إسماعيل بن حماد الجوهري. الصحاح: تاج اللّغة وصحاح العربية ج 5 ص 246.

(5) ابن فارس. مجمل اللّغة. ج 1 ص 877.

(6) محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسني، أبو الفيض، الملقب بمرتضى الزبيدي. تاج العروس من جواهر القاموس. دار الهداية، بيروت، لبنان، ط 1. ج 26 ص 430 و 431.

(7) ابن سيده. المخصّص. ج 3 ص 435.

(8) إسماعيل بن حماد الجوهري. الصحاح: تاج اللّغة وصحاح العربية. ج 5 ص 246.

(9) السيد سابق. فقه السّنة. ج 2 ص 169.

فواضح أنّ المشرّع قد توسّع في مستلزماتها، من حيث الغذاء واللباس ومصاريف العلاج، وتوفير السكن أو بدل الإيجار، وتظهر مدى مرونة صياغة هذه المادة من خلال النص على كلّ ما يعتبر من الضروريات في العُرف والعادة.

الفرع الثاني: حكم النفقة الزوجية.

ينصرف حكم النفقة بشكل عام إلى الوجوب ومبعث وجوبها هو الزوجية والقرابة⁽¹⁾، وهي ثابتة من خلال خلال الشرع والتّشريع، ولأنّ الزوجية من أهم سبل استحقاقها، فذلك يجعل من أمر تبيان مسألة وجوبها أمراً مهماً من خلال مايلي:

أولاً: دليل وجوب النفقة الزوجية من القرآن الكريم.

جاءت عديد الآيات ناصّة على وجوب النفقة للزوجة، ومن بينها قوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾⁽²⁾، أي أي لينفق الزوج على زوجته، وعلى ولده الصّغير، على قدر وسعه حتى يوسع عليهما إذا كان موسعاً عليه⁽³⁾، فالزوج الموسر عليه واجب إعالة عائلته الصّغيرة ممثلة في الزوجة والأولاد، وأن يجعلهم ينالوا من سعة ماله، ومعنى قُدِرَ عَلَيْهِ أي ضاقت أحواله المالية⁽⁴⁾، أي أنّ من ضاقت أحواله فلينفق بحسب حاله وسيرزقه الله بعد فرجا بعد ضيق.

في نفس السياق قال المولى تعالى: ﴿...قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ...﴾⁽⁵⁾، أي ما فرضه الله تعالى على المؤمنين تجاه زوجاتهم، من شروط عقد الزواج وحقوقه فهو مفروض عليهم ولا يخل الإخلال به⁽⁶⁾، ومن أهم هذه الحقوق نفقتهم التي لا تقوم حياتهم بدونها.

2- دليل وجوب النفقة الزوجية من السنّة الشريفة.

النفقة الزوجية ثابتة من السنّة النبوية، من خلال الأحاديث الكثيرة، والتي منها حديث جابر بن عبد الله أنّ النّبي ﷺ خطب في حجّة الوداع وأوصى بالنّساء فقال: "...فَاتَّقُوا اللَّهَ فِي النِّسَاءِ فَإِنَّكُمْ أَخَذْتُمُوهُنَّ بِأَمَانِ اللَّهِ وَاسْتَحْلَلْتُمْ فُرُوجَهُنَّ بِكَلِمَةِ اللَّهِ وَلَكُمْ عَلَيْهِنَّ أَنْ لَا يُوْطِئَنَّ فَرْشَكُمْ أَحَدًا تَكْرَهُونَهُ فَإِنْ فَعَلْنَ ذَلِكَ فَاضْرِبُوهُنَّ ضَرْبًا غَيْرَ مَبْرَحٍ وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ..."⁽⁷⁾.

(1) عبد الرّحمان الجزيري. الفقه على المذاهب الأربعة. ج 4 ص 485.

(2) سورة الطلاق. الآية 7.

(3) القرطبي. الجامع لأحكام القرآن. ج 18 ص 171.

(4) عمر سليمان الأشقر. أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة. ص 106.

(5) سورة الأحزاب. الآية 50.

(6) ابن الهمام. شرح فتح القدير. ج 4 ص 293.

(7) أنظر: مسلم. صحيح مسلم. كتاب الحج. باب حجة النبي ﷺ. الحديث رقم 1218. ج 2 ص 836؛ الترمذي. سنن الترمذي. كتاب الرّضاع. باب ما جاء في حق المرأة على زوجها. الحديث رقم 1163. ج 3 ص 467، حيث جاء بالرواية التالية: (...ألا واستوصوا بالنساء خيرا فإنما هن عوان عندكم ليس تملكون منهن شيئا غير ذلك إلا أن يأتين بفاحشة مبينة فإن فعلن فاهجروهن في المضاجع واضربوهن ضربا

كما أنّ ثبوت النّفقة الزوجية واضح من السنّة النبوية من خلال الحادثة الشهيرة لهند بنت عتبة زوج أبي سفيان التي جاءت النبي ﷺ شاكية شحّ زوجها وبخله في تأدية النّفقة، فعن عائشة رضي الله عنها قالت إن هند بنت عتبة قالت: "يا رسول الله إن أبا سفيان رجل مُمسك وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم فقال ﷺ: "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"⁽¹⁾، فواضح مدى حرص النبي ﷺ على توجيه هند لأن تأخذ من مال زوجها حتى بدون علمه، طالما أنّه قصّر في واجبه تجاهها وأولاده، على أن يكون ما تأخذه مراعيًا لاحتياجاتهم دون إفراط.

ثالثًا: دليل وجوب النّفقة الزوجية من القانون.

بالرجوع إلى مسلك المشرع الجزائري فإنّه سلك مسلك الوجوب كذلك في استحقاق النّفقة الزوجية، مادامت مُطبعة له وهذا في مقابل احتباسه إياها وقصر نفسها عليه بموجب العقد الصحيح بينهما⁽²⁾، واشتمل قانون الأسرة على معنى وجوبها صراحة من خلال نصّ المادة 74 والتي جاء فيها: "تجب نفقة الزّوجة على زوجها بالدّخول بها أو دعوتها إليه بيّنة مع مراعاة أحكام المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون"، ففصّلت المادّة حكمها بالإضافة إلى تبين شرطها الأساس وهو الدّخول بالعقد الصحيح، وما يتفرّع عنه من شرط الاستمتاع بها وكذا شرط الإحتباس.

الفرع الثالث: موجبات النّفقة الزوجية.

تُعتبر النّفقة الزوجية واجبة، متى استوفت عدّة شروط ينبغي التّعريض عليها في إطار الفقه الإسلامي بهدف التّمهيد لموقف المشرع الجزائري، فيرى جمهور العلماء⁽³⁾ أنّها واجبة بوجود أمور هي:

أولاً: صحّة عقد الزّواج: فإذا كان العقد فاسدا فالزّوج غير ملزم بالنّفقة، ومادام العقد كذلك وجب فسخه ولا اعتبار لاحتباس الزّوجة على ذمّة الزّوج، وأنّ التّمكين لا يصحّ مع فساد العقد، فلا تستحقّ بذلك ما يقابله، وهو نفقته عليها، فالمقصود بالعقد الصحيح في قانون الأسرة الجزائري ذلك الذي استوفى جميع

غير مبرح فإن أظعنكم فلا تبغوا علمن سبيلا ألا إن لكم على نسائكم حقا ولنسائكم عليكم حقا فأما حقكم على نسائكم فلا يطئن فراشكم من تكرهون ولا يأذن في بيوتكم لمن تكرهون ألا وحقهن عليكم أن تحسنوا إليهن في كسوتهن وطعامهن...).

(1) رواه الجماعة إلا الترمذي: (البخاري. صحيح البخاري. كتاب النفقات. باب إذا لم ينفق الرجل للمرأة أن تأخذ بغير علمه، الحديث رقم 5364. ج 7 ص 65؛ مسلم. صحيح مسلم. كتاب الأقضية. باب قضية هند، الحديث رقم 1714. ج 3 ص 1338؛ النسائي. سنن النسائي الكبرى. كتاب القضاء. قضاء الحاكم على الغائب إذا عرفه. الحديث رقم 5982. ج 3 ص 481؛ ابن ماجه. سنن ابن ماجه. أبواب الطلاق. باب ما للمرأة من مال زوجها. الحديث رقم 2293. ج 3 ص 393؛ أبوداود. سنن أبي داود. كتاب الخراج والفيء والإمارة. باب في الرجل يأخذ حقه من تحت يده. الحديث رقم 3532. ج 2 ص 212؛ أحمد بن حنبل. مسند الإمام أحمد بن حنبل. الحديث رقم 24163. ج 6 ص 39؛ الدارقطني. سنن الدارقطني. كتاب الأقضية والأحكام وغير ذلك. الحديث رقم 108. ج 3 ص 244؛ البيهقي. سنن البيهقي الكبرى. كتاب النفقات. باب وجوب النّفقة للزوجة. الحديث رقم 15468. ج 7 ص 466).

(2) العربي بلحاج الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث إجتهاادات المحكمة العليا) أحكام الزّواج. ج 1 ص 341.

(3) الكاساني. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ج 4 ص 16 وما بعدها؛ ابن عابدين. حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبوحنيفة. ج 2 ص 362 وج 3 ص 574؛ ابن قدامة. المغني. ج 9 ص 230 وما بعدها؛ الهوتي. كشاف القناع. ج 11 ص 517؛ الشيرازي. المهذب في فقه الإمام الشافعي. ج 2 ص 159؛ الشربيني. مغني المحتاج. ج 3 ص 435.

العناصر المذكورة في المادتين 9 و9 مكرّر، وأن يتحقّق شرط الاحتباس، فإذا كان عقد الزواج فاسدا بأي سبب من الأسباب وفقا للمادتين 32 و33 من قانون الأسرة، فذلك يسقط حقّها في النفقة، فالمُعْتَدّة بعد عقد صحيح تجب لها النفقة، وأمّا المعتدّة بعد عقد فاسد فلا نفقة لها⁽¹⁾، فالعقد الفاسد يسقط النفقة الزوجية⁽²⁾.

ولقد أشارت المحكمة العليا إلى هذا الشرط من خلال الدخول بالزوجة الذي يتمّ بموجب العقد الصحيح⁽³⁾، كما تضمّن قرار للمحكمة العليا استحقاق الزوجة للنفقة برغم مغادرتها بيت الزوجية، فنصّ على ما يلي: "حيث طالما أنّ الطّاعن يقرّ من خلال وقائع القضية بأنّ زوجته كانت خارج بيت الزوجية منذ 2004/06/28 نتيجة للنزاع الذي نشب بينهما، فإنّه يبقى أمام هذه الحالة ملزما بالإنفاق عليها، لكونها مازالت في عصمته وتبقى هي محقّة في أن ينفق عليها زوجها (الطّاعن) طالما لا وجود لحكم نشوزها كما برّر ذلك قضاة الموضوع وهو تبرير سليم"⁽⁴⁾، فيُظهِرُ هذا الاجتهاد بقاء استحقاق الزوجة للنفقة بالرغم من عدم وجودها في بيت الزوجية، طالما بقت في عصمة الزوج، ولا يتأتّى ذلك إلّا من خلال العقد الصحيح، فضلا على أنّ نفقتها لا تسقط إلّا بحكم قضائي مقررّ لنشوزها، فالمرض أو التّفاس أو الحج أو الخروج للعمل غير مُسقطَة لنفقتها، لاسيما إذا اشترطت في عقد الزواج الخروج للعمل ورضي الزوج بذلك، أمّا إذا كان العقد فاسدا أو باطلا فلا تستحقّ الزوجة بموجبه النفقة⁽⁵⁾.

ثانيا: إمكانية التّمكين: بأن تسلّم الزوجة نفسها لزوجها تسليما تامّا أو الاستعداد لذلك، بعدم امتناعها منه إذا طلبها، سواء دخل الزوج بها أو لم يدخل، أو دعت الزوجة أو ولّيتها إلى الدخول أو لم تدعه، واشترط المالكية لوجوب النفقة الزوجية قبل الدخول دعوة المرأة أو ولّيتها المُجْبِرُ الزَّوج إلى الدخول⁽⁶⁾، أمّا إذا بقت في بيت أهلها برضاه فنفقتها عليه، وإن منعه نفسه أو منعت ولّيتها أو سكنا بعد العقد، فلا نفقة لها حتى ولو أقاما زمنا، ودليل ذلك هو أنّ النبي ﷺ تزوّج عائشة ودخل بها بعد سنتين، ولم يُنفق عليها إلّا بعد دخوله، وأمّا إذا منعه من نفسها بحقّ، كتسليم الصّدّاق المُعَجَّل أو تهيئة سكن لائق فلها النفقة، وقد أشار المشرّع الجزائري إلى اعتبار الدخول بالزوجة كشرط لاستحقاق النفقة، أي أن تتمّ الخلوة الصحيحة سواء تمّت المباشرة بينهما أو لم تتمّ، ولا سيما إذا كان سبب عدم المباشرة راجعا لعجز الزوج جنسيا، أو رفضت الزوجة

(1) العربي بلحاج . العربي بلحاج . الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث إجهادات المحكمة العليا) أحكام الزواج ج 1 ص 344.

(2) محمد أبو زهرة . الأحوال الشخصية . ص 233.

(3) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1989/10/02 ملف رقم 55116- (المجلة القضائية لسنة 1991. العدد الأول. ص 34).

(4) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 2008/11/12 ملف رقم 466390- (المجلة القضائية لسنة 2008 العدد الثاني. ص 319 و 320).

(5) الرشيد بن شويخ. شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل. ص 145.

(6) الدردير. الشرح الصغير. ج 2 ص 730.

مطاوعته لأنَّ حقَّها في النِّفقة الزوجية منوط بتمتّع الزوج بها، وهو ما تبَيَّنَت المحكمة العليا من خلال اجتهادها الذي نصَّ على: "إنَّ حقَّ النِّفقة مرتبط بحقَّ التمتع بالزوجة ولو حكما"⁽¹⁾، وعلى هذا الأساس فإذا انتقلت الزوجة إلى بيت الزوج واختلى بها، فذلك يعتبر دخولا فعليا يُنشئ جميع آثار العقد الصحيح، بما في ذلك نفقتها حتى ولو اتَّفقا على عدم المعاشرة⁽²⁾، وفي هذا الصدد جاءت المادة 74 من قانون الأسرة التي ربطت النِّفقة الزوجية بواقعة الدَّخول أو الدَّعوة له ببيئة، وعدم الاقتصار على العقد كموجب للنِّفقة الزوجية، ومن هذا المنطلق فالزوجة تستحقَّ نفقتها بداية من تاريخ التَّمكن إذا لم يوجد مانع، ودليل ذلك سلوك النِّبي ﷺ⁽³⁾، وعلى هذا الأساس فالزوج مُلزم بالنِّفقة على زوجته متى الدَّخول بها إلى بيت الزوجية أو متى دُعيت إليه على الأقل، ذلك أنَّه إذا لم يقع الدَّخول، أو رفضت الدَّخول بعد دعوتها إليه، فذلك يترتب سقوط حقَّها في النِّفقة وليس لها أن تطلبها⁽⁴⁾، كما أنَّ المحكمة العليا قد ذهبت في الاتجاه الجاعل من الخُلو باعثا موجبا للنِّفقة الزوجية⁽⁵⁾، فضلا على أن تكون الزوجة مطيقة للوطء، وإلا فلا تجب نفقتها، لأنَّها مرتبطة بالتَّمكن من الاستمتاع، وبذلك ينتفي وجوب النِّفقة مع انعدام التَّمكن وبالتالي الاستمتاع.

ثالثا: أن يتحقَّق المعنى الكامل للاحتباس: فإذا حدث وأن فوّتت الزوجة هذا الحقَّ بدون سبب شرعي، لم يكن الزوج مسؤولا عنه فلا نفقة لها، فإن فات حقَّه كنشوزها سقطت نفقتها، أمَّا إذا كان هذا التَّفويت بسبب منه وبسبب غير شرعي استحقَّت نفقتها، وتجب نفقتها حتى ولو كانت غير مسلمة، فإذا كانت الزوجة غير صالحة للخدمة والإستئناس، حال ذلك دون استحقاقها للنِّفقة الزوجية، حتى ولو كان العقد صحيحا، إعمالا لمضامين قانون الأسرة من حيث الأهداف المرجوة التي حدَّدتها المادة الرابعة منه، فلا يمكن تحقيقها إذا لم تكن المرأة أهلا لذلك، بقابليتها على الإنجاب، ولا يتأتَّى ذلك إلاَّ من خلال كونها قابلة للمعاشرة الجنسية وقادرة عليها، لأنَّ حقَّها في النِّفقة الزوجية يقابله حقَّ الزوج في التمتع بها وبذلك يتحقَّق إحصان الزوجين.

بالمقابل يشترط في الزوج أيضا أن يكون قادرا على الوطاء، تماشيا مع نصَّ المادة 7 و 9 مكرر من قانون الأسرة، فإذا كان غير بالغ، أو مريضا مرضا مخوفا، فلا نفقة عليه قبل الدَّخول، وأمَّا إذا كان صغيرا وكانت زوجته كبيرة، فلها النِّفقة لأنَّها كانت مستعدة للتَّمكن من جهتها، وبالمقابل تعذرت عليه المباشرة، ولذلك أورد

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشَّخصية - قرار صادر بتاريخ 10/02/1986 ملف رقم 39394- (النشرة القضائية. العدد 44. ص 154).

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشَّخصية- قرار صادر بتاريخ 02/10/1989 ملف رقم 55116- (المجلة القضائية لسنة 1991. العدد الأول. ص 34).

(3) العربي بلحاج . الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (وفق آخر التعديلات ومدعم بإجتهادات المحكمة العليا) أحكام الزَّواج ج 1 ص 344.

(4) عبد العزيز سعد . قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد. ص 105.

(5) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشَّخصية - قرار صادر بتاريخ 02/10/1989 ملف رقم 55116- (المجلة القضائية لسنة 1991. العدد الأول. ص 34).

المشرع الجزائري شرط السن القانونية للزواج والمحددة بـ 19 سنة كاملة، حتى تكون الزوجة على علم بما ينتظرها من مسؤوليات تتطلبها الحياة الزوجية، والتي تقتضي نضجا عُمريا، وعلى هذا الأساس تستحق نفقتها بمجرد الدخول أو الاستعداد له بعد العقد عليها بطريقة صحيحة، سواء كانت غنية أو فقيرة، مسلمة أو كافرة⁽¹⁾.

الفرع الرابع: مسمولات النفقة الزوجية.

تعتبر النفقة الزوجية واجبة على الزوج الحاضر مالم تكن الزوجة مُمتنعة عن طاعة زوجها بغير حق، فإذا كان ذلك سقطت نفقتها، وإذا سلّمت نفسها له وجبت عليه نفقتها وهذا باتفاق العلماء⁽²⁾، على أن تشمل الطعام والسكن والملبس⁽³⁾.

على هذا الأساس ينبغي التفصيل في كلّ نوع من هذه الأنواع، بأخذ آراء فقهاء الشريعة الإسلامية، وإسقاط ذلك على ما أخذ به المشرع الجزائري في قانون الأسرة، فقد أجمل المشرع الجزائري مسمولات النفقة بشكل عام، ولاسيما الزوجية منها في نطاق المادة 78 من قانون الأسرة بنصّها على: "تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العُرف والعادة"، وهي المسمولات التي نصّ عليها الفقه المالكي تقريبا⁽⁴⁾، مع تحيين المشرع لها بإضافة ما يعتبر من الضروريات في العُرف والعادة، وكذا النصّ على نفقة العلاج كضرورة أملتها الحياة العصرية وإنسانية العلاقة بين الزوجين، وعلى هذا الأساس ينبغي التفصيل في جميع دقائق النفقة الزوجية الضرورية وفقا للتفصيل التالي:

أولا: المسألة الأولى: الطعام والشراب والإدام.

يرى الفقهاء⁽⁵⁾ أنّه يجب للزوجة الطعام والشراب والإدام، وما يتبع ذلك من لواحق ولا تلزمها الفاخرة، ويتمّ تقدير نفقة الطعام عند الجمهور⁽⁶⁾ غير الشافعية بالكفاية، أي ما يكفي الزوجة من طعام، ودليل ذلك هو قوله ﷺ: "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"، فواضح من خلال هذا الحديث أنّه أمرها بأخذ ما يكفيها،

(1) العربي بلحاج. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث إجهادات المحكمة العليا) أحكام الزّواج . ج 1 ص 345.

(2) ابن قدامة. المغني . ج 9 ص 230؛ ابن رشد. شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد. ج 3 ص 1359.

(3) وهبة الزحيلي . الفقه الإسلامي وأدلته. ج 9 ص 89.

(4) رأى السادة المالكية أنّ النفقة تشمل ستة أنواع وهي مفصلة كما يلي: النوع الأول: الطعام، النوع الثاني: الإدام، النوع الثالث: نفقة الخادم، النوع الرابع: الكسوة، النوع الخامس: آلة التنظيف، النوع السادس: السكن، وقال الإمام مالك: ليس عليه أجره الطيب وإنما عليه أجره القابلة لأنه سبب حملها. (أنظر: القرافي. الذخيرة. ج 4 ص 465...470)، ورأى الشافعية أنّها سبعة أنواع فزادوا على المالكية متاع البيت. (أنظر: الشربيني. مغني المحتاج. ج 3 ص 426).

(5) الكاساني. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع . ج 4 ص 23...25؛ بن جزي أبي القاسم محمد بن أحمد الغرناطي المالكي. القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية. مكتبة الخانجي، تحقيق: محمد بن سيدي محمد مولاي. القاهرة، مصر، ط4، 1397هـ، ص 363؛ الشربيني. مغني المحتاج. ج 3 ص 426؛ ابن قدامة. المغني. ج 9 ص 233؛ ابن رشد. شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد. ج 3 ص 1360.

(6) الدردير. الشرح الصغير. ج 2 ص 731؛ السرخسي . المبسوط. ج 5 ص 181؛ ابن قدامة. المغني. ج 9 ص 231.

من غير تحديد وإنما باجتهاد منها، فإذا أنفق عليها فلا يمكن لها أن تحتج بإنفاقها على نفسها أو بإنفاق مُغايِر، إلا إذا قصّر فعلها أن ترفع الأمر للقاضي⁽¹⁾.

هذا ويجب في هذه النفقة أن يسلمها الزوج لزوجته يوميا أو شهريا، ويمكنه أن يدفع لها الزوج عوض تسليمها الطعام، وهو ما أخذ به المالكية والحنفية⁽²⁾، وأمّا الحنابلة فأروا أنّ الحاكم لا يمكن أن يفرض غير واجب القوت الغالب في البلاد، كالنقد مثلا إلا إذا اتفق الزوجان⁽³⁾، فضلا على أنّ تقدير نفقة الإطعام مُرتبط بالأعراف والعادات في كلّ بلد، وعلى القاضي أثناء تقديره النفقة مُراعاة حال الزوج يسارا وإعسارا⁽⁴⁾. ورأى الشافعية أنّ نفقة الطعام من الحبّ يراعى فيها الحالة المادية للزوج، ولا يُراعى في ذلك حال الزوجة لأنّها قد تكون مريضة، ولا تستطيع أن تأكل لسبب معيّن⁽⁵⁾، ومقدارها مُدّ⁽⁶⁾ من الحبوب، وهو الحد الأدنى للكفارة⁽⁷⁾.

فالزوج الموسر عليه مُدّان كل يوم من الطعام، وعلى المعسر مدّ وعلى المتوسط مدّ ونصف⁽⁸⁾، على أن يُراعى في تقدير نفقة الطعام برأي المالكية⁽⁹⁾ والحنابلة⁽¹⁰⁾ حال الزوجين معا، ومراعاة حال البلد لقوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ...﴾⁽¹¹⁾، ولحديث هند، وذلك عند الحنابلة وقت عقد الزواج، فاعتبار حال الزوجين للجمع بين الأدلة، فالآية الكريمة أخذت بعين الاعتبار وضع الزوج، والحديث راعى متطلّبات الزوجة، فإذا كانا موسرين وجبت نفقة اليسار، وإذا كان معسرين وجبت نفقة الإعسار، وإن كانا مُتباينين كانت نفقة الوسط⁽¹²⁾، بينما رأى الحنفية⁽¹³⁾ والشافعية⁽¹⁴⁾ إلى الاعتداد بحال الزوج يسارا وإعسارا، ودليلهم في ذلك الآية: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ

(1) وهبة الزحيلي . الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 114.

(2) الدسوقي. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. ج 2 ص 514: السرخسي. المبسوط. ج 5 ص 182.

(3) الهوتي. كشاف القناع. ج 13 ص 150.

(4) وهبة الزحيلي . الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 114.

(5) عبد الرحمن الجزيري. الفقه على المذاهب الأربعة. ج 4 ص 491.

(6) المُدّ يقدر بمائة وثلاثة وسبعون وثلث الدرهم. (أنظر: النووي. روضة الطالبين وعمدة المفتين . ج 9 ص 40)، والأصح أنّ المُدّ يقدر بمائة وأحد وسبعين درهما و ثلاثة أسباع الدرهم، (أنظر: الشربيني. مغني المحتاج. ج 3 ص 426)، والدرهم هو قطعة نقدية وزنها 2.979 غرام، (أنظر: محمد رواس قلعة جي؛ حامد صادق قنبي. معجم لغة الفقهاء. ص 208).

(7) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 115، (المُدّ جمعه أمداد وهو مكّيال وهو رطلان عند الحنفية ويساوي 1.032 لترا أي ما يعادل 815.39 غراما، ورطلا وثلثا عند الأئمة الثلاثة 0.687 لترا أي 543 غراما)، وقيل يساوي 675 غراما. (أنظر: محمد رواس قلعة جي؛ حامد صادق قنبي. معجم لغة الفقهاء. ص 418).

(8) النووي. روضة الطالبين وعمدة المفتين . ج 9 ص 40.

(9) القرافي . الذخيرة . ج 4 ص 466.

(10) ابن قدامة . المغنى. ج 9 ص 232.

(11) سورة الطلاق . الآية 7.

(12) رأى المالكية أنّ الوسط من نفقة الطعام في الأندلس يقدر برطل ونصف في اليوم من قمح أو ذرة أو شعير أو قطنية بحسب الحال. (أنظر: بن جزي . القوانين الفقهية. ص 363).

(13) السرخسي . المبسوط . ج 5 ص 182.

(14) النووي. روضة الطالبين وعمدة المفتين . ج 9 ص 42.

مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا⁽¹⁾، ومن السنّة النبوية: عن معاوية القشيري قال رضي الله عنه أتيت رسول الله ﷺ قال: فقلت ما تقول في نسائنا؟، قال: "أطعموهنّ ممّا تاكلون واكسوهنّ ممّا تكتسون ولا تضربوهنّ ولا تقبّحوهنّ"⁽²⁾.

بالرجوع إلى المشرّع الجزائري، فجاء النصّ على التّفقة الخاصّة بالطّعام في نطاق المادة 78 من قانون الأسرة الجامعة لمُشمّلات التّفقة، وهذه الجزئيات التّفصيلية جاءت على سبيل المثال وليس الحصر، بدليل نصّ المشرّع على إضافة ما تقتضيه الضّرورة والعُرف⁽³⁾، كما أنّ المشرّع وعلى العكس من التّفصيلات الفقهية الفقهية لم يبيّن كيفية تحديد مقدار الطّعام الواجب آداؤه، وإنّما جاء ذلك بصفة عامة في سياق المادة 79 من قانون الأسرة التي نصّت على: "يراعي القاضي في تقدير التّفقة حال الطّرفين وظروف المعاش..."، فلا بدّ من تحقيق التّوازن، من خلال الأخذ بعين الاعتبار احتياجات الزّوجة الغذائية من جهة، وقدرة الزّوج المالية من جهة أخرى، مع مُراعاة ماهو ضروري لإقامة حياة عادية وكريمة.

إنّ أهمّ ما يؤخذ على المشرّع الجزائري في هذه الجزئية الخاصة بالغذاء، هو أنّه ومن خلال صياغة المادّة الخاصّة بالتّفقة الزوجية، وقع في مُغالطة في إطار قانون الإجراءات المدنية والإدارية، من خلال المادة 426 منه، التي حدّدت الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية النّازرة في مسألة التّفقة بنصّها على: "تكون المحكمة مختصة في: 5/ في موضوع التّفقة الغذائية بموطن الدائن بها"، فواضح مدى تأثر المشرّع بترجمة معنى التّفقة بمعناها العام بالّلغة الفرنسية "La pension alimentaire" وجعلها التّفقة الغذائية، والمعلوم سلفا أنّ التّفقة تشمل الغذاء وغيره من المُشمّلات وفقا للمادة 78 من قانون الأسرة، وهو الخطأ الذي يبقى قائما، والغريب في ذلك هو استمرار الوقوع في الخطأ، من طرف رجالات القانون المُمارسين في حقل شؤون الأسرة، من قضاة ومحامين ومحضرين قضائيين، حيث تأتي أحكامهم ومُرافعاتهم، ومحاضرتهم، مُتضمّنة للتّفقة الغذائية وليس التّفقة بمفهومها الأشمل.

ثانيا: المسألة الثانية: اللّباس.

يجب على الزّوج كسوة زوجته شتاء وصيفا⁽⁴⁾، وتكون دائمة وذلك مصداقا لقوله تعالى: ﴿...وَعَلَى الْمُؤَلَّدِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ...﴾⁽⁵⁾، والكسوة بالمعروف هي التي جرت العادة أن تلبسها الزّوجة كمثيلاتها⁽⁶⁾، كمثيلاتها⁽⁶⁾، وتقدر اتفاقا⁽¹⁾ بحسب احتياج الزّوجة، وضرورة كفايتها حاجتها من اللّباس باجتهاد الحاكم،

(1) سورة الطلاق . الآية 7.

(2) رواه أبو داود. سنن أبي داود. كتاب النّكاح ، باب في حق المرأة على زوجها، الحديث رقم 2144. ج 1 ص 651.

(3) العربي بلحاج . الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (وفق آخر التّعديلات ومدعم بأحدث إجهادات المحكمة العليا) أحكام الزّواج . ج 1 ص 346.

(4) السيد سابق . فقه السنّة . ج 2 ص 167.

(5) سورة البقرة . الآية 233.

(6) وهبة الزحيلي . الفقه الإسلامي وأدلته . ج 10 ص 117.

فيفرض لها بقدر كفايتها⁽²⁾، مع مراعاة يسرها وعسرها، فللموسرة ثياب رفيعة من الحرير والكتان الجيد، وللمعسرة لباس غليظ من قطن وكتان، وللمتوسطة كسوة وسطية، كما وتجب كسوتين كل سنة: صيفية وشتوية، لتتلاءم مع الحرّ والبرد، فتكون كسوة الشتاء والصيف بما يتماشى وحاجياتها بما يتفق عليه الطرفان، بحسب العرف والعادة⁽³⁾.

ويتعين وقت دفع هذه الكسوة عند الملكية⁽⁴⁾ والحنابلة⁽⁵⁾ بداية كل عام، ويشترط في تملكها القبض فلا بدل لما سرق أو بلي، ورأى الشافعية⁽⁶⁾ والحنفية⁽⁷⁾ أنّ الكسوة تدفع كل نصف حول أي كل ستة أشهر، لأنّ العرف أنّ الكسوة تبدّل في هذه الفترة، فإذا بليت قبل هذه المدّة لا يجب عليه بدلها.

وبالرجوع إلى المشرّع الجزائري، فلم يفرد جزئية بذاتها تخصّ اللباس باستثناء النصّ على مشتملات النفقة في إطار المادة 78 من قانون الأسرة، التي جعلت اللباس أحد أهمّ تفرّعات النفقة في الإطار العام.

ثالثا: المسألة الثالثة: العلاج وتوابعه.

تجب النفقة للزوجة المريضة اتّفاقا، سواء كان مرضها عند الرّفاف أو بعده، لا سيما إذا تحقّق شرط النفقة وهو التّمكن، على اعتبار أنّه مُمكن وإنّما نقص استمتاعه بها بالمرض، وهو أمر لا دخل لها فيه، وليس من حُسن العشرة أن يكون مرضها مُسقطا للنفقة، كما أنّ نفقتها لا تسقط حتى إذا كانت تعالج عند أهلها، إلّا إذا طلب الزوج منها العودة لبيت الزوجية ورفضت، مع استطاعتها ذلك ولو محمولة ففي هذه الحالة تُعتبر ناشزا⁽⁸⁾، كما واتفق فقهاء المذاهب الأربعة⁽⁹⁾ على أنّ نفقة العلاج لا تجب على زوجها، من حيث مصاريف الطّبيب، وإنّما يكون ذلك من مالها، فإن لم يكن لها مال فتجب نفقة علاجها على من تجب عليه نفقتها.

(1) الكاساني . بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع . ج 4 ص 22؛ ابن قدامة . المغني . ج 9 ص 231؛ الأزهري . الثمر الداني في تقريب المعاني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني . ص 454.

(2) أقلّ ما يفرض من اللباس قميص، وهو ثوب مخطط يستر جميع البدن، وسراويل وهو ثوب مخطط يستر أسفل الجسد، وخمار ومقنعة، ويشمل كلّ ما يغطّي الرأس، ومداس أو مكعب ويشمل كلّ ما ينتعل في الرّجل. (أنظر: القرافي. الذخيرة . ج 4 ص 469).

(3) بن جزي . القوانين الفقهية . ص 363؛ السرخسي . المبسوط . ج 5 ص 181؛ الدميّاطي . حاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين لشرح قرة العين بمهمات الدين . ج 3 ص 256؛ البهوتي . كشف القناع . ج 13 ص 130.

(4) الدسوقي . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير . ج 2 ص 513.

(5) الحجّاي . الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل . ج 4 ص 141.

(6) الشيرازي . المهذب في الفقه الشافعي . ج 2 ص 162.

(7) ابن عابدين . حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبوحنيفة . ج 3 ص 586.

(8) ابن عابدين . المرجع نفسه . ج 3 ص 575؛ المغني . ج 9 ص 282؛ الماوردي . الحاوي الكبير . ج 11 ص 439.

(9) الدردير . الشرح الصغير . ج 2 ص 732؛ ابن عابدين . حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبوحنيفة . ج 3 ص 575؛ الدميّاطي . حاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين لشرح قرة العين بمهمات الدين . ج 4 ص 72؛ المرادوي . الإنصاف . ج 9 ص 411.

فكان هذا الطرح الفقهي سائدا زمن الفقهاء الذين كانت اجتهاداتهم تتلاءم مع طبيعة البيئة آنذاك، فكان الإنسان لا يحتاج في الغالب للعلاج، لالتزامه قواعد الوقاية من مختلف الأمراض⁽¹⁾، أما في الوقت المعاصر فأصبحت المتطلبات الصحية أكثر من ضرورة، في ظل تنامي مختلف الأمراض التي تستدعي عناية فائقة، ولا يتأتى ذلك إلا من خلال تخصيص نفقة موجهة للعلاج، وما يستتبع ذلك من فحوصات طبية وتحاليل ودواء.

بالرجوع إلى مسلك المشرع الجزائري بخصوص نفقة العلاج فإنه سائر النظر الفقهية الحديثة، من حيث جعل العلاج وما يترتب عليه من مصاريف ضرورية يقتضيها حال الزوجة، بإدخال العلاج ضمن مشتملات النفقة وفقا للمادة 78 من قانون الأسرة، فتظل نفقة تطبيب الزوجة على عاتق الزوج، لأن العلاج ضروري في بعض الحالات أكثر من الطعام والشراب واللباس والزينة⁽²⁾، لاسيما في ظل تعاظم أسباب المرض في العصر الحالي.

على هذا الأساس ينبغي جعل فكرة النفقة العلاجية مرتبطة بالدخول من عدمه، في ظل تقاعس بعض الأزواج على مداواة زوجاتهم، والدفع بأن المرض الذي ألم بهن قديم، أي قبل انتقال الزوجة لبيت الزوجية، وبالتالي تحميل أهلها مسؤولية علاجها، فتصبح الزوجة المريضة ضحية لتحديد المسؤولية في علاجها، وعلى هذا الأساس، إذا ثبت فعلا أن مرضها كان قبل الزواج فيعد ذلك مانعا لانتقالها، ما يسقط حقها في النفقة ولا سيما العلاجية منه، أما إذا أصابها المرض خلال الفترة الواقعة بين العقد والدخول، ولم يمنعها من الانتقال لبيت الزوجية فلا يسقط حقها في النفقة، لا سيما إذا تقاعس الزوج في نقلها لبيت الزوجية بدون مبرر، فيلتزم بالنفقة عليها، أما إذا كان المرض بعد الدخول، فتجب نفقتها عليه إذا كانت مريضة والتزمت بيت الزوجية، حتى لو انتقلت إلى بيت أهلها، أو المستشفى إذا لم تجد من يخدمها، فلا يمكن للزوج التنصل من النفقة بحجة أنها لا تقوم بالواجبات الزوجية، لأن المرض يعتبر قوة قاهرة⁽³⁾، وهي الفكرة التي جسدها المحكمة العليا من خلال الاجتهاد الذي نصّ على: "من المتفق عليه فقها وقضاء أن الحكم بنفقة الزوجة المريضة مدة سنة يتوقف على تحديد أجل العلاج، ويتوقف كذلك على ضرورة بقاءها في بيت الزوجية ولو حُكماً. ولل قضاء بما يخالف ذلك، استوجب نقض القرار الذي بعد أن صرح بالتطبيق بطلب من الزوجة بسبب مرضها بدفع نفقة لها لمدة سنة"⁽⁴⁾.

(1) وهبة الزحيلي . الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 110.

(2) العربي بلحاج الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث إجهادات المحكمة العليا) أحكام الزواج . ج 1 ص 347.

(3) عيسى حداد . عقد الزواج دراسة مقارنة. ص 195.

(4) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1986/02/10 ملف رقم 39394- (المجلة القضائية لسنة 1989. العدد الأول. ص 111).

رابعاً: المسألة الرابعة: السكن أو أجرته.

تستحقّ الزوجة مسكناً يليق بها⁽¹⁾، سواء كان مملوكاً أو مستأجراً أو مُعاراً أو موقوفاً، وذلك مصداقاً لقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ...﴾⁽²⁾، فأمر الرجال أن يعطوهنّ مسكناً يسكنه ممّا يجدونه⁽³⁾، لأنّ المسكن شرط رئيسي لتوفير شرط الاحتباس، ورأى الشافعية أنّ الواجب في السكن هو الانتفاع وليس التملك⁽⁴⁾، على العكس من الطعام الذي يستوجب التملك، ويكون المسكن بحسب حالة الزوجين معاً يساراً أو إعساراً، وينبغي أن يراعى في السكن الشرائط التالية⁽⁵⁾:

1- أن يتلاءم والحالة المالية للزوج، وذلك لقوله تعالى: ﴿...مِنْ وُجْدِكُمْ﴾⁽⁶⁾ أي من سعته⁽⁷⁾، فدلّت الآية على ضرورة أن يستفيد أفراد الأسرة بما في ذلك الزوجة من يسار الزوج، ومن أهمّ هذه المظاهر السكن اللائق في حدود المقدور عليه.

2- أن تستقلّ به الزوجة عن أهله، إلّا إذا رضيت بمشاركتهم إياه وهذا عند الحنفية⁽⁸⁾، لأنّ المُرعى في السكن كفايتها، ولأنّها قد لا تستمتع مع زوجها بوجودهم، ولا تأمن على أمتعتها، والحدّ الأدنى للسكن عند المالكية وغيرهم حجرة واحدة مستقلة، بكلّ مُشمّلاتها، شرط أن لا تسكن معها زوجة ثانية، لأنّ مُساكنة الضرة فيه إضرار لها، كما وفرق المالكية بين الشريفة والوضيعة، وإمكانية سكنها مع أهله إلّا إذا اشترطا ذلك في العقد⁽⁹⁾.

3- أن يشتمل السكن على الأثاث والمفروشات عند الجمهور⁽¹⁰⁾ غير المالكية⁽¹¹⁾، لأنّهم اشترطوا أن تتجهّز الزوجة من صداقها، بتوفير فراش النوم، كفراش ولحاف ووسادة، وما يلزم أيضاً من أدوات الطبخ والأكل والشرب⁽¹²⁾، وما يُماثلها من حاجيات بحسب تطوّر نمط الحياة، والمتطلّبات التي تتنوّع وتتغيّر حسب الأمكنة والأزمنة، وإسقاطات ذلك على الحياة العصرية من ماء وكهرباء وغاز.

(1) ابن عابدين. حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبوحنيفة. ج 3 ص 599 و 600: الدردير. الشرح الصغير.

ج 2 ص 737؛ ابن قدامة. المغني. ج 9 ص 232؛ الشيرازي. المهذب في فقه الإمام الشافعي. ج 2 ص 162.

(2) سورة الطلاق. الآية 6.

(3) الطبري. جامع البيان في تأويل القرآن. ج 23 ص 456.

(4) النووي. روضة الطالبين وعمدة المفتين. ج 9 ص 55.

(5) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 119.

(6) سورة الطلاق. الآية 6.

(7) القرطبي. الجامع لأحكام القرآن. ج 18 ص 169.

(8) ابن عابدين. حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبوحنيفة. ج 3 ص 600.

(9) الدردير. الشرح الصغير. ج 2 ص 737 و 738.

(10) ابن عابدين. حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبوحنيفة. ج 3 ص 599 و 600؛ ابن قدامة. المغني. ج 9 ص

233؛ الماوردي. الحاوي الكبير. ج 11 ص 433.

(11) الدردير. المرجع نفسه. ج 2 ص 458 و 459.

(12) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 110.

بالرجوع للمشروع الجزائري، فقد جعل السكن أو أجرته من بين المستلزمات التي تشملها التفقة الزوجية بشكل عام، من خلال المادة 78 من قانون الأسرة، فيشترط في السكن أن يتماشى مع الحالة المالية للزوج وأن يتلاءم مع بيئته، وحال أمثاله وأن يكون مُستقلا عن أهله متى كان ذلك ممكنا، وعلى هذا الأساس فإذا وقر بيتا بهذه الشروط فليس للزوجة أن تمتنع من الالتحاق به، وتطالب الزوج بالأجرة الشرعية لأنها تعتبر ناشزا، وإذا أسكن زوجته في حدود قدراته المالية مع أحد أقاربه فليس لها طلب مسكن آخر، إلا إذا ثبت تعرضها للأذية وهو نفس الشيء الذي ينطبق على الضرّة التي تتضرّر بوجود ضرّتها معها في نفس السكن.

لكن أزمة السكن في الجزائر جعلت الفقه الجزائري يرى بأنّ الزوج الذي وقرسكنا حتى لو كان غرفة واحدة، بجميع الضرّوريات مع أهله يجعل الزوجة غير قادرة على المطالبة بسكنها المنفرد، بل يمكن اعتبارها ناشزا وإمكانية طلب الزوج للتعويض، ومع ذلك يمكن للزوجة المطالبة بسكنها المستقل عن أهله، لا سيما إذا اشترطت ذلك في صلب عقد الزواج، بما يتماشى مع المادة 19 من قانون الأسرة، والأمر نفسه بالنسبة للزوج الذي يكون قد اشترط عليها السكن مع أهله بشرط عدم تضرّرها من سكنها معهم⁽¹⁾.

إنّ هذا المشكل أصبح يُطرح كثيرا في قضايا الطلاق في ظلّ تنامي الحياة وتطور نمطها، ورغبة الزوجات في الانفراد بسكنها على عكس ما كان سائدا في الفترة الوجيزة السابقة، حيث كانت الزوجة تتحمّل مظالم أهل الزوج وبقيائها معهم في نفس البيت، وإمكانية تفريطها في حقّها رغبةً منها في الحفاظ على أسرّتها، بدل الطلاق بسبب السكن.

خامسا: المسألة الخامسة: ما يعتبر من الضرّوريات في العرف والعادة.

جاءت صياغة المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري ناصّة على: "...وكلّ ما يعتبر من الضرّوريات في العرف والعادة"، وهذا الطرح مرنّ للغاية ويتماشى مع الزّمان والمكان، ويفتح الباب واسعا لعديد المطالب من الزّوجة في توفير المزيد في نطاق هذا الجزء من المادة، وعلى كلّ يمكن الرجوع إلى هذه الفكرة من خلال الفقه الإسلامي، وإسقاطات ذلك بما يتلاءم مع الحياة العصرية، فيمكن من خلال ذلك إدراج مايلي:

1- نفقة الخادم:

يتفق الفقهاء⁽²⁾ أنّه إذا كانت المرأة ممّن تُخدم فإنّه يلزمها خادم في بيتها، إذا كان الزوج موسرا، لا سيما إذا كانت من ذات الأقدار أو كانت مريضة، لأنّ ذلك يدخل في نطاق وجوب عشرتها بالمعروف وكفائتها، على أنّه لا يجب لها أكثر من خادم واحد عند جمهور العلماء⁽³⁾، وقال المالكية في المشهور أنّه يلزمها أكثر من خادم

(1) العربي بلحاج. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث إجهادات المحكمة العليا) أحكام الزواج. ج 1 ص 362 و363.

(2) الكاساني. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ج 4 ص 24؛ بن جزي. القوانين الفقهية. ص 363؛ الشربيني. مغني المحتاج. ج 3 ص 426؛ ابن قدامة. المغني. ج 9 ص 233.

(3) السرخسي. المبسوط. ج 5 ص 181؛ النووي. روضة الطالبين وعمدة المفتين. ج 9 ص 44؛ الهوتي. شرح منتهى الإرادات المسمّى دقائق أولى النهى لشرح المنتهى. ج 3 ص 227.

واحد⁽¹⁾، أمّا إذا كان الزوج معسرا، ولا يستطيع أن يدفع نفقة الخدم فهو غير مُطالب به أو بنفقته، وبالتالي على الزوجة أن تخدم نفسها متى أمكنها ذلك.

بالرجوع إلى المشرّع الجزائري فلم يُفرد هذه الجزئية بنصّ تشريعي مستقلّ، ولكن يمكن جعل ذلك يدخل في سياق الضّرورات التي يقتضيها العرف والعادة، علّ أساس أنّ التّفقة قد تضمّ جزئيات أخرى، وبهذا تجنّب القانون الخلافات التي تدور بين الفقهاء بخصوص بعض الأمور الخاصة بمن هم في حاجة إلى النفقة دون غيرهم⁽²⁾.

2- آلة التّنظيف ومتاع البيت.

يجب على الزوج أن يوفّر لزوجته أجرة القابلة وآلات التّنظيف باتّفاق العلماء⁽³⁾، واختلفوا في أدوات التّجميل ومتاع البيت، فرأى الحنفية⁽⁴⁾ أنّ على الزوج أن يوفّر سائر أدوات البيت، وما تحتاج إليه من وسائل النظافة لغسل ثيابها وبدنها، كما ويجب عليه الطّيب، أمّا الكحل والخضاب فلا يلزمه فهو باختياره، ورأى المالكية أنّ على الزوج أن يوفّر لها آلة تنظيف بحسب الحال وعادات البلاد، وكذا ماء الشّرب والغسل بما يشمل الثّوب وغيره، وزيت الأكل والوقود على قدر الحال، وما يصلح أن يكون طعاما كاللّحم في بعض الأيام⁽⁵⁾، كما تجب لها حاجات الزّينة إذا كانت تتضرّر بتركها، أو معتادة عليها، ورأى الشافعية⁽⁶⁾ أنّه يلزمها آلة تنظيف، وما تكنس به البيت وما تغسل به البدن، ولها أدوات الأكل والشّرب والطّبخ، وعلى الزوج الطّحن والعجن والخبز ولها فراش النّوم، ولا يجب لها الكحل والخضاب إلّا إذا طلبه الزوج، وأمّا الحنابلة فرأوا أنّ المرأة يجب لها ما تحتاج إليه لتنظيف بدنها وبيتها، وثمن الماء للغسل والتّنظيف، وعليه الخضاب إذا طلب منها الزّينة، فإن لم يفعل فلا يجب عليه، وعليه أيضا الطّيب، كما ولها ما يلزم من أدوات الفراش والطّبخ⁽⁷⁾.

على العكس من هذه التّفصيلات الفقهية فإنّ المشرّع الجزائري لم يتطرّق لهذه الجزئيات، بل أجملها من خلال عبارة "ما يعتبر ضروريا بحسب العرف والعادة" من خلال نصّ المادة 78 من قانون الأسرة، على اعتبار أنّ ذكر مشمولات النفقة في هذه المادة جاء على سبيل المثال، وليس على سبيل الحصر خاصّة في ظل تنامي الحاجيات الحياتية، من مواد زينة ونظافة وغيرها شرط أن تكون في الإطار وبالقدر المشروع، ولذلك جرى لفظ

(1) الدّردير. الشّرح الصغير. ج 2 ص 734.

(2) أحمد نصر الجندى. شرح قانون الأسرة الجزائري. ص 55.

(3) الشيخ نظام الفتاوى الهندية. ج 1 ص 549؛ الدّردير. الشّرح الصغير. ج 2 ص 733 و734؛ الشيرازي. المهدّب في فقه الإمام الشافعي. ج 2 ص 161 وما بعدها؛ المرداوي. الإنصاف. ج 9 ص 356.

(4) ابن عابدين. حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبوحنيفة. ج 3 ص 153.

(5) القرافي. الذخيرة. ج 4 ص 467 وما بعدها.

(6) الشربيني. مغني المحتاج. ج 3 ص 430 وما بعدها.

(7) ابن قدامة المقدسي. الشرح الكبير على متن المقنع. ج 9 ص 237.

النفقة بالنص على الطعام والكسوة والسكنى بشكل عام ودفعة واحدة في حدود ما تواتر عليه العرف وحددته العادة وجرى به الاستعمال⁽¹⁾.

الفرع الخامس: المعتبر في تقدير النفقة الزوجية.

إنّ تحديد مقدار النفقة الزوجية مسألة دقيقة تستدعي مراعاة الأحوال المالية لكلّ من الزوجين، ومدى الاحتياج، وهذا الأمر محلّ اختلاف بين فقهاء الشريعة؛ ما يجعل المسألة ذات أهمية في طرحها لا سيما بغية استنباط ما أخذ به المشرع الجزائري، فالمبدأ العام أنّ النفقة يجب أن يراعى فيها الكفاية المعتبرة بالمعروف⁽²⁾، فعند الحنفية تقدّر النفقة في رأي أول بحال الزوجين⁽³⁾، فإذا اتّفقا في اليسار كانت النفقة نفقة يسار، وإن اتّفقا في الإعسار كان الواجب نفقة إعسار، وإن اختلفا بأن كان أحدهما موسرا، والآخر معسرا كانت النفقة الواجبة وسطية، أي بين اليسار والإعسار، ودليل ذلك هو قوله تعالى: ﴿...وَعَلَى الْمُؤَلَّد لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ...﴾⁽⁴⁾، وقوله ﷺ: "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"⁽⁵⁾، فليس من العدل أن تفرض لها نفقة إعسار وهي موسرة، والعكس أيضا ليس من المعروف⁽⁶⁾، وفي رأي آخر يؤخذ بعين الاعتبار في تقدير النفقة تقدير النفقة الزوجية حالة الزوج⁽⁷⁾، يسارا وإعسارا، دون النظر إلى ما تحتاجه لقوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا...﴾⁽⁸⁾، فجعل الاعتبار بالزوج في اليسر والعسر دونها⁽⁹⁾، أمّا الحنابلة فأروا أنّه يراعى فيها حال الزوجين معا، فإن كانا موسرين فعليه فعليه نفقة الموسرين، وإن كانا معسرين فعليه نفقة المعسرين، وإن كانا متوسطين كانت عليه نفقة المتوسطين، وإن اختلفا بأن كان أحدهما موسرا والآخر معسرا فعليه نفقة المتوسطين أيّا كان منهما الموسر⁽¹⁰⁾، ورأى المالكية أنّ المعتبر في تقديرها يكون مراعاة قدرة الزوج، وحال الزوجة، فإذا كان غنيا رفعها عن الفقراء إذا كانت فقيرة، وإذا كان فقيرا لزمه أن يُنفق عليها نفقة، يعتبر فيها حالها من غنى وفقر، فليس على الموسر أن يُنفق على الفقيرة نفقة الغنية، ولا يكفي من غير المتّسع في الغنية نفقة الفقيرة، بل لا بد من رفعها عن حال الفقيرة بقدر وسعه، فيتّضح من خلال ذلك مراعاة حالهما معا⁽¹¹⁾، وأمّا الشافعية⁽¹²⁾ فنهجوا

(1) أحمد نصر الجندي. شرح قانون الأسرة الجزائري . ص 55.

(2) عمر سليمان الأشقر. أحكام الزواج على ضوء الكتاب والسنة. ص 284.

(3) السرخسي. المبسوط . ج 5 ص 181.

(4) سورة البقرة . الآية 233.

(5) سبق تخريجه.

(6) محمد أبو زهرة . الأحوال الشخصية . ص 241.

(7) الزيلعي. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق . ج 3 ص 51.

(8) سورة الطلاق . الآية 7.

(9) القرطبي . الجامع لأحكام القرآن . ج 18 ص 171.

(10) ابن قدامة. المغني. ج 9 ص 231.

(11) الدردير. الشرح الصغير. ج 2 ص 732.

(12) الشربيني. مغني المحتاج. ج 3 ص 429 وما بعدها.

نهج المالكية من حيث معيار تقدير النفقة الزوجية، فيُرجع في ذلك إلى طبيعة النفقة بغرض التملك، فإذا كان الأمر مُتعلّقاً بالكسوة والطّعام، فالمُعتبر هو حال الزوج يسارا وإعسارا، ولا يُنظر لحال الزوجة لأنّ فيهما التملك، وأمّا المسكن فالمُعتبر فيه المتعة، فيُراعى فيه حالها دون النّظر إلى حالته، لأنّه لا يملكها إياه بل يمتّعها بحسب حالها، وبصفة عامّة لا بد من مراعاة حالتهما معا.

بالرجوع إلى نسق المشرّع الجزائري في اعتماد ما يعتبر في تقدير النفقة الزوجية، فإنّه نصّ على ذلك صراحة في المادة 79 من قانون الأسرة "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم"، فواضح جنوحه إلى رأي جمهور الفقهاء، وبالضبط منحى المذهب المالكي⁽¹⁾، من خلال مراعاة القدرة المالية للزوج وحال الزوجة، وهو الرأى المنطقي والعاقل من خلال مراعاة حال كلّ طرف؛ من خلال عدم إئثار كاهل الزوج بمبالغ مالية قد تضرّه، وعدم الإضرار بالزوجة أيضا من خلال منحها مبالغ ضئيلة لا تُغنيها عن السّؤال، فعلى القاضي أثناء نظره دعوى النفقة، مُراعاة حال الزوجين، والحالة المعيشية العامّة من حيث تطوّر مستوى الأسعار، والمتطلّبات الحياتية بأخر تحييناتها.

وقد زكّت المحكمة العليا هذا الطّرح من خلال النّص الاجتهادي الذي جاء بما يلي: "من المقرّر فقها وقضاء أنّ تقدير النفقة المستحقّة للزوجة يعتمد على حال الزوجين يسرا وعسرا، ثم حال مستوى المعيشة، من ثم فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يُعدّ مُخالفا للقواعد الشرعيّة. ولما كان من الثّابت -في قضية الحال- أنّ جهة الاستئناف قضت بتخفيض النفقة المحكوم بها للزوجة ابتداء، دون أن تبحث عن دخل الزوج وحالة معيشة الزوجة، ودون حساب مستوى المعيشة السائدة في المكان الذي يعيش فيه الزوجان، فإنّها بقضائها كما فعلت خالفت القواعد الشرعية. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"⁽²⁾، فواضح من خلال هذا النّص أنّ القضاة عرّضوا قرارهم بالنّقص، لأنّهم لم يُراعوا حال الزوجة، التي يظهر ومن خلال النّص الاجتهادي أنّ النفقة المحكوم بها لها لا تكفيها، بالمقارنة مع دخل الزوج، وأيضا مراعاة الواقع المعيشي الذي يجب أخذه بعين الاعتبار، في ظلّ الزيادات المتواترة للأسعار.

لكن ومن خلال قرار قضائي آخر، يتّضح اعتماد حال الزوج كأولوية، من خلال النصّ على: "من المقرّر شرعا وقانونا أنّ تقدير النفقة يكون حسب وسع الزوج، إلّا إذا ثبت نشوز الزوجة. ومن المقرّر أيضا أن يراعى القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش، ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم. ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف ذلك يُعدّ خرقا لأحكام الشريعة"، فواضح أنّ النّص الاجتهادي تناول ضرورة الأخذ بعين الاعتبار حال الزوج، ثمّ عاد وطرح فكرة مراعاة حال الطرفين، الأمر الذي يُعدّ جمعا بين المعيارين، إلّا أنّ

(1) العربي بلحاج. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث إجتهادات المحكمة العليا) أحكام الزواج. ج 1 ص 348.

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية - قرار مؤرخ في 1987/02/09 ملف رقم 44630 - (المجلة القضائية لسنة 1990. العدد الثالث. ص 55).

ذلك يمثل مُسيرة لنهج المذهب المالكي في هذه الجزئية، فالقاضي مُلزم بمراعاة مدخول الزوج، وأيضا احتياج الزوجة في الإطار العادي.

كما قرّرت المحكمة العليا بأنّ عدم الإحاطة الكافية للظروف المادية للزوج في فرض النّفقة، يجعل القرار القضائي قابلا للنقض، وهو ما جسّده الاجتهاد القضائي: "من المقرر قانونا أنّ عدم الإطّلاع على الوضعية المادية والاجتماعية للزوج، وعلى مرتّبه الشّهري وإغفال ذكر السّنّدات التي اعتمد عليها في تقدير مبلغ النّفقة، كلّ ذلك يجعل القرار يستوجب النّقض"⁽¹⁾.

على هذا الأساس فإنّ تقدير النّفقة الزوجية مسألة خاضعة للسلطة التقديرية للقضاة، الذين عليهم مراعاة مستوى الأسعار وتطوّرها، على أن لا يكون ذلك إلّا بعد سنة واحدة من الحكم بمبالغ النّفقة، ولا يكون هذا التّحديد متجاوزا للحدود المألوفة، وهو ما جسّده النصّ الاجتهادي الذي نصّ على: "إنّ تقدير النّفقة وتحديد بدايتها هو من عمل قضاة الموضوع، إلّا إذا تجاوزوا في ذلك الحدّ المألوف، وهو ما ليس موجودا في قضية الحال، ولقد علّل القضاة قرارهم تعليلا كافيا وأسّسوه تأسيسا شرعيا الأمر الذي يتعيّن معه رفض الطّعن"⁽²⁾، كما أنّ تقدير النّفقة يدخل ضمن اختصاصات القضاة، وليس للمحكمة العليا سلطة عليهم وفق الاجتهاد الذي نصّ على: "حيث أنّه فيما يرجع لما قضى به القرار المنتقد من التّفقات والتّعويضات، فذلك يدخل في باب التّقدير المخوّل للقضاة ولا يسوغ للمحكمة العليا ممارسة رقابتها في شأن ذلك..."⁽³⁾، على أنّ ذلك ليس سلطة مطلقة فهم مُلزمون بذكر أسباب تحديدها، وهو ما بيّنه الاجتهاد القضائي الذي نصّ على: "من المُستقرّ عليه قضاء أنّ تحديد مبالغ المتعة والتّعويض ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غير أنّهم ملزمون بذكر أسباب تحديدها، ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يُخالف هذا المبدأ يعدّ قصورا في التّعليل"⁽⁴⁾، فلا بدّ للقضاة أثناء نظرهم لهذه الجزئيات ذات الصّبغة المالية أن يذكروا أسباب اعتماد هذه المبالغ، والتي تعدّ النّفقة إحداها، بالرّغم من أنّ لهم السلطة التقديرية في تقديرها.

ولا يمكن للقضاة إعادة النّظر في تقدير النّفقة الزوجية إلّا بعد مرور سنة كاملة من تاريخ الحكم بها، بداعي المُستجدّات التي قد تعرفها الحياة في نفس السّنة، بل لا بد من التأكّد من مرور عام كامل على تاريخ الحكم الأول بالنّفقة، ومن ثمّ إمكانية تعديلها، وهو ما جسّده اجتهاد المحكمة العليا بنصّه على: "من المقرر قانونا أنّه يجوز للقاضي مراجعة النّفقة بعد مضي سنة من الحكم. ولا يجوز الطّعن بحجّة الشّيء المقضي

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية - قرار مؤرخ في 15/12/1980 ملف رقم 21823 - (النشرة القضائية لسنة 1981 العدد الثاني. ص 105).

(2) العربي بلحاج قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02/05 ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة 1966-2006. ديوان المطبوعات الجامعية. 2007. ص 432. (أنظر: المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية - قرار غير منشور مؤرخ في 13/04/1986 ملف رقم 39382 -).

(3) العربي بلحاج قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02/05 ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة 1966-2006. ص 432. (أنظر: المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية - قرار غير منشور مؤرخ في 05/05/1986 ملف رقم 41703).

(4) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية - قرار مؤرخ في 13/03/2002 ملف رقم 276760 - (المجلة القضائية لسنة 2004. العدد الأول. ص 274).

فيه في النفقة تبعا للمستجدات التي تطرأ على المعيشة والتنفقات بصفة عامة. ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بخرق القانون ليس في محله. ولما كان من الثابت- في قضية الحال- أن الطاعنة رفعت دعوى في سنة 1993 تطلب فيها تعديل حكم 1988/09/27 ومراجعة مبالغ النفقة التي أصبحت لا تكفي حاجيات أولادها بما فيها مصاريف المعيشة والمدرسة وأجرة السكن، فإن القضاة بقضائهم بتعديل النفقة طبقوا صحيح القانون⁽¹⁾.

كما أن يسار الزوجة ليس دافعا للتنصل من الإنفاق عليها، بزعم أنها ميسورة الحال، وبإمكانها التكفل بنفسها وبأولادها من مالها، وهو ما جسده اجتهاد المحكمة العليا بنصه على: "من المقرر شرعا أن يسار الزوجة لا يسقط حقها وحق أولادها في النفقة بدون مبرر شرعي. إن قضاة الموضوع بقضائهم بإلغاء النفقة المقضي بها في الحكم المستأنف، بحجة يسار الزوجة (الطاعنة) رغم عدم إثبات عسرالمطعون ضده أخطأوا في تطبيق القانون"⁽²⁾.

الفرع السادس: تاريخ استحقاق النفقة الزوجية.

نصت المادة 80 من قانون الأسرة الجزائري على مايلي: "تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بيّنة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى"، وعلى هذا الأساس فالنفقة تكون مستحقة الأداء بداية من تاريخ رفع الدعوى أمام الجهة القضائية المختصة، على أن لا يحكم بها القاضي قبل تاريخ تسجيل عريضة الدعوى بالمحكمة تماشيا مع مفهوم المادة، غير أنه يجوز للمحكمة إصدار حكم تمهيدي أثناء إجراءات المرافعة، بهدف الحكم بنفقة مؤقتة للزوجة والأولاد لحين الفصل بصفة نهائية في موضوع الدعوى⁽³⁾.

إن هذا الطرح يُسائر الإطار العادي الذي ترفع فيه الزوجة دعاوها أمام القضاء للمطالبة بنفقتها وأولادها في حال تقاعس الزوج عنها، لا سيما إذا كان امتناعه عن أدائها حديث العهد أي لم يتجاوز السنة، لكن قد تتجاوزها لفترة أطول، وفي هذه الحالة فإن القاضي يحكم بما لا يتجاوز نفقة عام واحد، مهما امتدت فترة امتناع الزوج عن دفع النفقة الزوجية، فقد لا يحكم بها القاضي بداية من رفع الدعوى، بل بداية من خروج الزوجة من بيت الزوجية، وهو ما جسده اجتهاد المحكمة العليا بنصه على: "من المقرر أنه ليس بالضرورة أن يكون تاريخ سريان التنفقات في جميع الأحوال من يوم رفع الدعوى، إذ يجوز للقاضي أن يحكم بأثر رجعي من

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار مؤرخ في 1996/04/23 ملف رقم 136604 - (المجلة القضائية لسنة 1997. العدد الثاني. ص 89).

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار مؤرخ في 2000/02/22 ملف رقم 237148 - (المجلة القضائية لسنة 2001. العدد الأول. ص 285).

(3) العربي بلحاج. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (وفق آخر التعديلات ومدعم بأحداث إجتهاادات المحكمة العليا) أحكام الزواج. ج 1 ص 350.

يوم خروج الزوجة من بيت الزوجية⁽¹⁾، وهو الأمر الذي يعدّ غير مفهوم، في ظلّ وضوح نصّ المادة 80 من قانون الأسرة، بعدم إمكانية الحكم بنفقة تسبق تاريخ رفع الدّعى بسنة واحدة، فوفقاً لهذا الاجتهاد يمكن أن تتجاوز فترة مكوث الزوجة ببيت أهلها أكثر من عام، من تاريخ خروجها من بيت الزوجية، وتطلب الحكم لها بنفقة هذه المدّة، وهو الأمر الممكن حدوثه وفقاً للاجتهاد القضائي، وهو ما خلق تناقضاً حقيقياً.

إنّ هذه الفكرة تطرح جدلية بقاء النفقة ديناً في ذمّة الزوج أو عدمها، فمن النّاحية الفقهية رأى الجمهور⁽²⁾ غير المالكية⁽³⁾، أنّ النفقة التي نشأت زمن عسر الزوج لا تسقط، بل تبقى ديناً في ذمّته، بينما رأى المالكية أنّ النفقة تسقط مدّة إعياس الزوج ولا تكون ديناً عليه، وبالتالي لا ترجع عليه الزوجة بعد يسره لقوله تعالى: ﴿...لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾⁽⁴⁾، كما أنّه غير مُلزم بالنفقة خلال إعياسه، فإذا يسرت حالته وجبت عليه نفقتها.

فواضح أنّ المشرّع الجزائري قد اعتمد الخلفية الفقهية في سنّ المادة 80 من قانون الأسرة، لاسيما ما تعلّق بإمكانية فرض النفقة لمدة سنة واحدة، مهما زادت مدّة الامتناع عن أدائها، فواضح أنّه جعلها ديناً في حدود سنة ماضية فقط، وهو رأي جمهور العلماء الذين قالوا بأنّ النفقة تظلّ ديناً في ذمّة الزوج، وإعفائه من باقي المدّة مهما طالّت، أي سقوطها وهو أخذ برأي المالكية الذين اشتروا في سقوطها إعياس الزوج بها، الأمر الذي يعدّ تلفيقاً بين الرأيين الفقهيين.

على أنّ هذه الفترة المحدّدة هي توصية ضمنية، للزوجة المتضرّرة من عدم إنفاق زوجها عليها وعلى أولادها لمدة سنوات، بأن تلجئ للقضاء إذا كان الزوج موسراً وكان قصده انتقامياً، حتى لا تتضرّر أكثر على اعتبار أنّ القضاء سوف لن يحكم لها إلّا في حدود سنة ماضية فقط، فالمشرّع قد راعى وضع الزوج في هذه الجزئية، من خلال إمكانية إثقال كاهله بمبالغ مُتراكمّة لعدّة سنوات ومُطالبته بدفعها مرّة واحدة.

على العكس من توجّه المشرّع الجزائري، فإنّ المشرّع التونسي اعتبر أنّ النفقة الزوجية لا تسقط بمضيّ المدّة، وهوما تضمّنه الفصل 42 من المجلّة، فنفقة الزوجة التي لا تسقط بمضيّ المدّة هي التي توافر فيها شرط وجوبها وشروط استحقاقها⁽⁵⁾.

على هذا الأساس تُعتبر النفقة الزوجية حقّاً وديناً في ذمّة الزوج ويجوز ضمانها بكفيل⁽⁶⁾، ويرى بعض الفقه أنّ تاريخ بداية استحقاق النفقة يبدأ من يوم رفع الدّعى عندما تكون الزوجة هي المدّعية، بصرف

(1) العربي بلحاج. قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02/05 ومعلّقاً عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة 1966-2006. ص 430. (أنظر: المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار غير منشور مؤرخ في 16/04/1990 ملف رقم 59967-).

(2) ابن عابدين. حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة. ج 3 ص 585؛ ابن قدامة المقدسي. الشرح الكبير على متن المنقح. ج 9 ص 266؛ الشيرازي. المذهب في فقه الإمام الشافعي. ج 2 ص 164.

(3) الدسوقي. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. ج 2 ص 517 وما بعدها.

(4) سورة الطلاق. الآية 7.

(5) أحمد نصرالجندي. الأحوال الشخصية في القانون التونسي. ص 75.

(6) الغوثي بن ملح. قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء. ص 81.

النظر عن ما إذا كان فحوى الدّعى هو النّفقة وحدها أو معها سبب آخر، أمّا إذا كان الزّوج هو المدّعي ولم تطلب الزّوجة النّفقة التي تدّعي استحقاقها، إلّا بعد مرور شهر أو شهرين أو أكثر من سير الدّعى، فهنا لا يحكم لها بها إلّا ابتداء من يوم طلبها رسميا، بموجب عريضة أو مذكرة تبليغ إلى الخصم الآخر، ويجب عنها كتابيا أو شفويا أثناء الجلسة⁽¹⁾.

ويمكن الفصل استعجاليا في المسائل المتعلقة بالنّفقة الزوجية، لارتباطها بضروريات المعاش من حيث المأكّل والعلاج والكسوة والمسكن، وذلك بموجب نصّ المادة 57 مكرّر من قانون الأسرة الجزائري التي نصّت على: "يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولا سيما ما تعلق منها بالنّفقة والحضانة والزيارة والمسكن"، وأيضا المواد 299 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي شملت الإجراءات الاستعجالية، ويكون الأمر القاضي بالنّفقة المؤقتة لحين صدور الحكم، مشمولا بالنّفاد المعجل حتى تضمن الزّوجة وأولادها حقوقهم لحين الفصل في الموضوع، وهو ما تضمّنته المادة 303 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصّها على: "لا يمس الأمر الاستعجالي أصل الحقّ، وهو معجل النّفاد بكفالة أو بدونها رغم كلّ طرق الطّعن. كما أنّه غير قابل للمعارضة ولا للاعتراض على النّفاد المعجل. في حالة الإستعجال القصوى، يأمر القاضي بالتنفيذ بموجب النّسخة الأصلية للأمر حتى قبل تسجيله"، وهو الأمر الذي جسّده اجتهاد للمحكمة العليا بنصّه على: "يجوز للزّوجة رفع دعوى أمام القضاء المُستعجل، للمطالبة بنفقة وقتية لها ولأبنائها، إلى غاية صدور الحكم في الموضوع"⁽²⁾.

كما أنّ النّفقة الزوجية، تعتبر دينا مُمتازا في ذمّة الزّوج بموجب الفقرة الثانية من المادة 993 من القانون المدني الجزائري بنصّها على: "يكون للديون التّالية امتياز على جميع أموال المدين من منقول وعقار...- النّفقة المستحقّة في ذمّة المدين لأقاربه عن الأشهر (06) الستة الأخيرة"، فلا تسقط هذه الديون بالتّقدم، ويمكن للقاضي أن يحكم بمبلغ إجمالي يستوفي كلّ النّفقات، وهو ما جسّده الاجتهاد القضائي الذي نصّ على: "من المقررّ شرعا أنّه يجوز منح مبلغ إجمالي مقابل النّفقات المختلفة"⁽³⁾.

الفرع السّابع: مُسقطات النّفقة الزوجية.

بالرّغم من وجوب النّفقة الزوجية شرعا وقانونا بالنّظر إلى استقامة الحياة بها، إلّا أنّ هناك مُسبّبات تعفي الزّوج من دفعها، ومنطقيا تسقط النّفقة كأيّ دين بالآداء أو الإبراء، بالإضافة إلى بعض الخصوصيات، فلقد تطرّق فقهاء الشّريعة الإسلامية لهذه الأسباب وتأثّر بذلك المشرّع الجزائري، ويمكن حصرهم الأسباب المؤدية لسقوطها فيما يلي:

- (1) العربي بلحاج الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث إجهادات المحكمة العليا) أحكام الزّواج. ج 1 ص 351.
- (2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية - قرار مؤرخ في 2005/01/19 ملف رقم 333042 - (المجلة القضائية لسنة 2005. العدد الأول. ص 321).
- (3) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية - قرار مؤرخ في 1980/01/07 ملف رقم 21878 - (النشرة القضائية. العدد 44. ص 170).

أولاً: مُضي الزّمان من غير فرض القاضي أو التّراضي: فرأى الحنفية⁽¹⁾ سقوطها، بمضي مدّة بعد وجوبها، وقبل أن تصبح ديناً، لكن إذا قضي بها أصبحت ديناً، ورأى المالكية وباقي المذاهب⁽²⁾ أنّها لا تسقط بمضي الزّمان ويمكن للزّوجة الرّجوع بها على زوجها.

ثانياً: الإبراء من النّفقة الماضية، فتسقط النّفقة الزوجية الماضية بالهبة أو بالإبراء⁽³⁾، ورأى الحنفية⁽⁴⁾ بأنّه لا يمكن إسقاط النّفقة المُستقبلية، لأنّ نفقة الزّوجة تجب شيئاً فشيئاً على حسب حدوث الزّمان، فكان الإبراء منها إسقاطاً لواجب قبل الوجوب، وقبل وجوب سبب الوجوب وهو حقّ الاحتباس.

ثالثاً: موت أحد الزّوجين، فلو توفي الزّوج قبل أن يدفع لها نفقتها فلا يمكنها أن تأخذها من ماله، ولو ماتت الزّوجة لم يكن لورثتها أن يأخذوها⁽⁵⁾.

رابعاً: نشوز الزّوجة مُسقطٌ لحقّها في النّفقة، أيّا كانت صورته، ولكن إذا عادت الزّوجة وأطاعت زوجها وهو حاضر، عادت نفقتها لزوال السّبب المُسقط لها بتحقيق التّمكين⁽⁶⁾، وإن كان الزّوج غائباً لم تعد نفقتها عند الشافعية⁽⁷⁾ والحنابلة⁽⁸⁾، أمّا الحنفية فرأوا أنّها تعود لها حتى بغياب الزّوج⁽⁹⁾.

خامساً: الرّدّة: إذا حدث وأن ارتدّت الزّوجة سقطت نفقتها لامتناع الاستمتاع بها بسبب ردّها، والفرق الذي يمكن ملاحظته بين الرّدّة والنّشوز، هو أنّ المُرتدّة تسقط نفقتها بالرّدّة وقد زالت بالإسلام، والناشزة تسقط نفقتها بالمنع من التّمكين، ولا يزول هذا المانع بالطّاعة، وإنّما بالتّمكين الحقيقي⁽¹⁰⁾.

سادساً: الفرقة من جانب الزّوجة بمعصية، كأن ترتدّ أو تأبى الإسلام، والمُرتدّة لا تستحقّ النّفقة بخلاف الذمّية إذا كان زوجها مسلماً⁽¹¹⁾، أو أن تطاوع ابن زوجها، وأيضاً المرأة المُحترفة التي لا تقرّ في بيتها، بسبب عملها وهو غير راضٍ عن ذلك، بالرّغم من مُطالبته إيّاها وعدم استجابتها، فهي في حكم الناشزة فتسقط نفقتها، أمّا إذا رضي بذلك فعليه نفقتها⁽¹²⁾.

بالرّجوع إلى مسلك المشرّع الجزائري فإنّه جعل النّفقة الزوجية إلزاماً، يبقى في ذمّة الزّوج كنتيجة لعقد الزّواج الصّحيح، بداية من تاريخ الدّخول، وهو ما نصّت عليه المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري، وعلى

(1) الكاساني . بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع . ج 4 ص 25.

(2) الدّردير. الشّرح الصغير. ج 2 ص 740: ابن قدامة. المغنى. ج 9 ص 250: الشّريبي. مغني المحتاج. ج 3 ص 430.

(3) وهبة الزحيلي . الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 96.

(4) ابن عابدين . حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبوحنيفة. ج 3 ص 586.

(5) وهبة الزحيلي . الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 96.

(6) القرطبي. الكافي في فقه أهل المدينة. ص 255.

(7) الشيرازي. المذهب في فقه الإمام الشافعي . ج 2 ص 160.

(8) ابن قدامة. المغنى. ج 9 ص 296.

(9) السرخسي. المبسوط . ج 5 ص 186 وما بعدها.

(10) وهبة الزحيلي . الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 98.

(11) بدران أبو العينين بدران. أحكام الزواج والطلاق في الإسلام. ص 180.

(12) محمد أبو زهرة . الأحوال الشّخصية . ص 239.

الرغم من ذلك فلم يُفرد مادة بعينها لمُسقطات النَّفقة الزوجية، وبالتالي الإحالة إلى أحكام الشريعة الإسلامية، ويمكن استنباط بعض الحالات بالإضافة إلى ما سبق، كالمعقود عليها بعقد فاسد والمدخول بها بناء على شبهة، والتي تمنع زوجها من مباشرتها، أو تمتنع عن الانتقال إلى بيت الزوجية بدون عذر شرعي، وكذا إذا كانت الزوجة محبوسة في جريمة من الجرائم لفوات الاحتباس الموجب للنفقة، لأن حبس الزوجة بالحكم القضائي من المحكمة المقيّد لحريّتها هو بمثابة النشوز، وكذا المرأة الصّغيرة التي لا تطيق الوطء، والمطلّقة طلاقاً بائناً؛ فضلاً عن الزوجة العاملة بغير إذن زوجها، ومع ذلك لا تسقط نفقة المرأة العاملة إذا اشترطت ذلك على زوجها في صلب عقد الزواج، أو في عقد رسمي بموجب المادة 19 من قانون الأسرة، وأيضاً إذا استمرت في عملها بسكوت الزوج ورضاه شرط أن لا يؤدي عملها إلى انشغالها على أسرته وأولادها⁽¹⁾.

الفرع الثامن: إفسار الزوج بالنفقة الزوجية.

الأصل أن يتولى الزوج الإنفاق على زوجته، ولكن قد يحول عسره عن أداء هذه الوظيفة، فينتج عن ذلك آثار عالجها الفقهاء، وتأثر بها المشرع الجزائري، فلقد اختلف الفقهاء في هذه الحالة فرأى الجمهور⁽²⁾ باستثناء باستثناء المالكية⁽³⁾ أن النفقة الزوجية لا تسقط، ولا يُعفى من أدائها الزوج أثناء إفساره، بل تبقى ديناً في ذمته إلى حين يسره، وعلى هذا الأساس رأى الحنفية أن يأذن القاضي لزوجة المُعسر أن تستدين، حتى وإن رفض الزوج، كما أن النفقة المُستدانة لا تسقط بموت أحد الزوجين، ويجب إقراض الزوجة على من تجب عليه نفقتها، فإن امتنع فللقاضي أن يحكم بحبسه بعد إنذاره، عن طريق التجاء الزوجة إلى القاضي الذي يخطره مرتين أو ثلاثاً، كما لا يفرق بين الزوجين بسبب إفسار الزوج، لأنها تبقى ديناً يفرضه القاضي ويتولّى الزوج الوفاء به مستقبلاً⁽⁴⁾، ورأى الشافعية والحنابلة⁽⁵⁾، أنه من حق الزوجة أن تفسخ إذا أعسر الزوج بنفقة المُعسر، كلّها أو بعضها ولا تفسخ بما زاد عن نفقة المُعسر، ودليلهم في جواز الفسخ الحديث المروي عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: "خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى، واليد العليا خير من اليد السفلى، وابدأ بمن تعول فقيل من أعول يا رسول الله قال امرأتك ممن تعول، تقول أطعمني وإلا فَرَّقني، خادمك يقول أطعمني واستعملني، وولد يقول إلى من تتركني"⁽⁶⁾.

(1) العربي بلحاج. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث إجهادات المحكمة العليا) أحكام الزواج. ج 1 ص 353.

(2) ابن عابدين. حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة. ج 3 ص 585؛ ابن قدامة المقدسي. الشرح الكبير على متن المنقح. ج 9 ص 266؛ الشيرازي. المذهب في فقه الإمام الشافعي. ج 2 ص 164.

(3) الدسوقي. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. ج 2 ص 517 وما بعدها.

(4) السرخسي. المبسوط. ج 5 ص 187.

(5) الشيرازي. المذهب في فقه الإمام الشافعي. ج 2 ص 163؛ ابن قدامة. المغني. ج 9 ص 252.

(6) النسائي. سنن النسائي الكبرى. كتاب عشرة النساء. إذا لم يجد الرجل ما ينفق على امرأته هل يخير امرأته. الحديث رقم 9211. ج 5 ص 385؛ الدارقطني. سنن الدارقطني. كتاب النكاح. باب المهر. الحديث رقم 191. ج 3 ص 297.

بالرجوع إلى منحنى المشرع الجزائري، فلقد تطرق لفكرة إعسار الزوج بالنفقة، وفقا لنص المادة 76 من قانون الأسرة حيث نصت على: "في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك"، فتصبح الزوجة في هذه الحالة مُلزَمة بالنفقة على الأولاد، لاسيما إذا كانت موسرة ولها دخل كافٍ من خلال الوظيفة أو المهنة أو الإرث، والملاحظ في صياغة هذه المادة أنّ المشرع حمّل زوجة المُعسر واجب النفقة على الأولاد ولم يتضمّن إمكانية إنفاقها على زوجها المُعسر، وهو الأمر الذي لا يجسّد أواصر المودة والرحمة والتعاون بين الزوجين، كما أنّه يكرّس الكراهية وإمكانية طلب الطلاق⁽¹⁾، وهذا لا يتلاءم مع مقتضيات الزواج التي حدّتها المادة الرابعة من قانون الأسرة، فالزوج قد يجدد ويكدّد في توفير سبل العيش الكريم ولا يدّخر أي جهد في ذلك، بل وحتى الإستدانة لرعاية عائلته، لكن قد تعترضه مصاعب مالية وتجعله عاجزا عن القيام بمسؤولياته، وبالمقابل قد تكون زوجته ميسورة الحال، وترفض مساعدته في مصاريف الحياة وتكاليفها أثناء احتياجه وتستند إلى هذه المادة، وهو الأمر الذي يفرغ الزواج من بُعده التشاركي والاجتماعي، بل وحتى الإنساني، فكانّ المادة 76 هي توصية ضمنية لزوجة المُعسر أن تُعاقبه، بنفقتها على أولادها دون أبيهم، وهو ما يشقّ صف الأسرة ولا يجمعها، وعلى كلّ فالزوجة مخيرة بين أن تبقى مع زوجها المُعسر أو أن تطلب التطلق⁽²⁾، على أن تكون غير عالمة بإعساره، وأن تستصدر حكما يوجبه بأداء النفقة الزوجية، وفي حالة عدم امتثاله يمكنها طلب فكّ الرابطة الزوجية وفقا للفقرة الأولى من نصّ المادة 53 من قانون الأسرة⁽³⁾.

الفرع التاسع: الجوانب الإجرائية في المطالبة بالنفقة الزوجية وأثر الإمتناع عن أدائها.

إنّ الزوج مسؤول عن أداء النفقة الزوجية بموجب الشرع والتشريع، وإذا امتنع عن أدائها فللزوجة أن تلجئ إلى القضاء للمطالبة بإجباره على أدائها، ولذلك ينبغي معالجة المسألة الإجرائية وما يترتب على ذلك من جزاء، وفقا لمايلي:

أولا: حقّ الزوجة في المطالبة القضائية بالنفقة الزوجية.

إذا تقاعس الزوج في القيام بواجبه المتمثّل في الإنفاق على زوجته، كان لها أن تلجئ إلى القضاء، وفي حال لم يمتثل لذلك، رأى الحنفية أنّه إذا كان موسرا وله مال ظاهر، باع القاضي جبرا عليه من ماله وأعطى لزوجته، أمّا إذا كان موسرا ولم يكن له مال ظاهر حبسه القاضي بطلب من الزوجة، ويبقى محبوسا حتى يدفعها، فإن لم يدفع وثبت للقاضي عجزه عن ذلك تركه إلى الميسرة، أمّا إذا كان الزوج معسرا فلا فائدة من حبسه لأنّه ليس ظالما بامتناعه عن الإنفاق⁽⁴⁾، وأجاز المالكية حبس الزوج الذي امتنع عن النفقة الزوجية إذا كان موسرا، ولا سيما إذا صرح أنّه موسر ويأبى أن يُنفق فقليل يعجل طلاقه، وقليل يُحبس، وإذا حُبس

(1) عبد العزيز سعد. قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد. ص 106.

(2) العربي بلحاج. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث إجتهاادات المحكمة العليا) أحكام الزواج. ج 1 ص 357.

(3) الرشيد بن شويخ. شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل. ص 189.

(4) الكاساني. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ج 4 ص 38.

ولم يُنفق طَلَّقَتْ عليه، هذا إذا لم يكن له مال ظاهر⁽¹⁾، وبذلك قال الحنابلة فيأمره الحاكم بالإنفاق ويجبره عليه، فإن أبي حبسه، فإن صبر على الحبس أخذ الحاكم النِّفقة من ماله، فإن لم يجد عروضاً أو عقاراً باعها في ذلك، وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد وأبو ثور وقال أبو حنيفة: النِّفقة في ماله من الدنانير والدراهم، ولا يبيع عوضاً إلا بتسليم، لأن بيع مال الإنسان لا ينفذ إلا بإذنه أو إذن وليه ولا ولاية على رشيد⁽²⁾، وفي نفس السياق رأى الشافعية أنه إذا امتنع عن النِّفقة أُجبر على ذلك، وللحاكم أن يطلق بنفسه أو يحبسه ليطلق⁽³⁾.

وفي المجال القانوني على الزوجة التي تدعي عدم إنفاق زوجها أن ترفع دعوى النِّفقة، مُقيمة دلائل ذلك مع مراعاة قواعد الاختصاص.

1- الاختصاص النوعي للجهة القضائية النّازرة لدعوى النِّفقة الزوجية.

يتعين على الزوجة التي تدعي أنّ زوجها لا ينفق عليها أن ترفع دعوى افتتاحية أمام قسم شؤون الأسرة للمحكمة، مدعمة ادّعاءها بكل ما من شأنه أن يدعم طلباتها، وجاءت المادة 423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري مُحددة للاختصاص النوعي لقسم شؤون الأسرة بالمحاكم، ولا سيما اختصاصه بالفصل في قضايا النِّفقة بموجب الفقرة الثانية بنصّها على: "ينظر قسم شؤون الأسرة، على الخصوص في الدعاوى الآتية: 2/... دعوى النِّفقة...".

2- الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية النّازرة لدعوى النِّفقة الزوجية.

حدّد المشرع الجزائري الاختصاص الإقليمي لدعوى النِّفقة من خلال المادة 426 التي حدّدت المحكمة المختصة إقليمياً بالنظر في قضايا النِّفقة، حيث نصّت في إطار عام على الاختصاص الإقليمي لقسم شؤون الأسرة وبالتحديد مسألة النِّفقة بنصّها على: "تكون المحكمة مختصة في: 5/... في موضوع النِّفقة الغذائية بموطن الدائن بها".

فالملاحظ في شأن الاختصاص الإقليمي للمحكمة المختصة إقليمياً، أنّ المشرع الجزائري قد خرج عن الإطار العام للاختصاص الإقليمي العام، حيث أنّ الدّعوى ترفع أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدّعى عليه وفقاً لنصّ المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ونصّ على الاستثناء بموجب المادة 40: "فضلاً عمّا ورد في المواد 37 و38 و46 من هذا القانون، تُرفع الدعاوى أمام الجهات القضائية المبيّنة أدناه دون سواها: 2- في مواد الميراث، دعاوى الطلاق أو الرجوع، الحضانة، النِّفقة الغذائية والسكن، على التّوالي، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المتوفى، مسكن الزوجية، مكان ممارسة الحضانة، موطن الدائن بالنِّفقة، مكان وجود السّكن".

(1) الدسوقي. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. ج 2 ص 518.

(2) ابن قدامة. المغنى. ج 9 ص 245.

(3) النووي. روضة الطالبين وعمدة المفتين. ج 9 ص 76.

على هذا الأساس، فإنّه بإمكان للزوجة وأولادها، أن يرفعوها أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها الإقليمي موطنهم باعتبارهم دائنين بها، وليس أمام المحكمة التي يقع في نطاق اختصاصها الإقليمي موطن الزوج أو الوالد المدين بها⁽¹⁾، وهو استثناء من الإطار العام للاختصاص الإقليمي، وهو ما يُحسب للمشرع الجزائري، حيث أنّ المطالب بالنفقة يعتبر مُحتاجاً لأي مبلغ، ناهيك عن مصاريف التقاضي والتنقل إلى موطن المدين بالنفقة، خاصّة إذا كان يقطن بعيداً عن مقر سكّني الدائنين بالنفقة.

فبعد رفع الزوجة دعوى استحقاق النفقة، إذا رأى القاضي أنّ الزوج يعطيها نفقتها رفض دعاها⁽²⁾، حيث قد تُقدّم الزوجة على طلب مبالغ ضخمة للنفقة لا سيما في ظلّ انعدام ضمير البعض⁽³⁾، وبصدور الحكم في هذا الشأن والذي يُراعى فيه التحري والتأكد من مدى صدقها، وفي صورة ما صدر بأحقّيتها في النفقة وامتنع الزوج عن أدائها رغم صدور الحكم ضده، عُدّ ذلك جريمة في منظور التشريع الجزائري.

ثانياً: أثر الامتناع عن تنفيذ الحكم الصادر بشأن النفقة الزوجية.

منح القانون للزوجة مُكنة، تتجلى في أن تقدّم شكوى للسيد وكيل الجمهورية من أجل مُتابعة الزوج بجرم الامتناع عن دفع النفقة المحكوم بها قضاءً، على أن تكون الشكوى مصحوبة بنسخة تنفيذية من الحكم، تكون قد حازت قوّة الشيء المقضي به وبمحضر امتناع عن التنفيذ يحرّره العون المكلف بالتنفيذ⁽⁴⁾، على اعتبار أنّ النيابة العامة تعدّ طرفاً أصلياً في قضايا شؤون الأسرة بموجب المادة 3 مكرر من قانون الأسرة. وبالرجوع إلى المنظومة التشريعية الجزائرية، فإنّ المشرع كان حازماً في التصديّ لعدم دفع الزوج للنفقة الزوجية، وجاء ذلك في صلب قانون العقوبات وبالضبط المادة 331 التي تضمّنت عقوبة الحبس والغرامة المالية، بالإضافة إلى المادة 53 من قانون الأسرة التي جعلت عدم إنفاق الزوج على زوجته سبباً للتطليق.

1- عقوبة الحبس والغرامة المالية.

نصّت المادة 331 من قانون العقوبات الجزائري على مايلي: "يُعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى ثلاث (3) سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 300.000 دج كل من امتنع عمداً ولمدة تجاوز شهرين عن تقديم المبالغ المقرّرة قضاءً لإعالة أسرته، وعن أداء كامل قيمة النفقة المقرّرة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعه وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليه ويُفترض أنّ عدم الدّفع عمدي ما لم يثبت العكس، ولا يعتبر الإعسار الناتج عن الاعتیاد على سوء السلوك أو الكسل عذراً مقبولاً من المدين في أية حالة من الأحوال. دون الإخلال بتطبيق أحكام المواد 37 و 40 و 329 من قانون الإجراءات الجزائية تختصّ أيضاً بالحكم في

(1) عبد العزيز سعد. قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد. ص 106.

(2) بدران أبو العنين بدران. أحكام الزواج والطلاق في الإسلام. ص 184.

(3) شمروك محمد وآخرون. السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وانحلاله. مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء. المدرسة العليا للقضاء. الدفعة السادسة عشرة 2005-2008. ص 34.

(4) عيسى حداد. عقد الزواج دراسة مقارنة. ص 195؛ عبد العزيز سعد. قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد. ص 109.

الجنح المذكورة في هذه المادة محكمة موطن أو محل الشخص المقرّر له قبض النّفقة أو المنتفع بالمعونة ويضع صفح الضحية بعد دفع النّفقة المُستحقّة حدّا للمتابعة الجزائية"⁽¹⁾.

هذا ونصّت المادة 332 من قانون العقوبات على ما يلي: "ويجوز الحكم علاوة على ذلك على كل من قضي عليه بإحدى الجنح المنصوص عليها في المادتين 330 و331 بالحرمان من الحقوق الواردة في المادة 14 من هذا القانون من سنة على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر".

كما أنّ المادة 14 من قانون العقوبات قد أحالت إلى المادة 9 مكررا من قانون العقوبات، وهذه العقوبات التبعية مفصلة كما يأتي: "يتمثل الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية في: 1- العزل أو الإقصاء من جميع الوظائف والمناصب العمومية التي لها علاقة بالجريمة، 2- الحرمان من حق الانتخاب أو الترشح ومن حمل أي وسام، 3- عدم الأهلية لأن يكون مساعدا محلفا، أو خبيرا، أو شاهدا على أي عقد، أو شاهدا أمام القضاء إلّا على سبيل الاستدلال، 4- الحرمان من الحق في حمل الأسلحة، وفي التدريس، وفي إدارة مدرسة أو الخدمة في مؤسسة للتعليم بوصفه أستاذا أو مُدرّسا أو مراقبا، 5- عدم الأهلية لأن يكون وصيًا أو قيما".

لقد اعتبر المشرّع عدم دفع النّفقة عملا عمديا، مُخالفا بذلك القواعد العامة المتعلقة بإثبات القصد الجنائي⁽²⁾، وهذه جزئية سلبية تُحسب على المشرّع الجزائري، حيث أنّه بالغ في تجريم المتخلف عن أداء النّفقة الزوجية ولا سيما إذا كان مُعسرا حقيقة.

هذا وزكّت المحكمة العليا هذا الإتجاه، باعتبار أنّ المتقاعس عن أداء النّفقة الزوجية مُجرم حتى تثبت براءته، ومن بين الاجتهادات القضائية التي نصّت على ذلك: "من المقرّر قانونا أن يتحمّل المسؤولية الجزائية كلّ من امتنع عمدا، ولمدة تفوق الشّهرين عن تقديم المبالغ المالية المُقرّرة قضاء لإعالة أسرته ويبقى الافتراض عن عدم الدفع، عمدي، ما لم يثبت العكس، ومتى ثبت صدور أمر قضائي - استعجالي - يلزم المتهّم بدفع النّفقة، فإن قضاة المجلس قد خرقوا القانون عندما قضوا بالبراءة لصالحه بدعوى أنه لا يوجد حكم أو قرار نهائي في النزاع، ممّا يتعيّن نقض وإبطال قرارهم المنتقد"⁽³⁾.

كما أنّ سحب الشكوى لا يمنع استمرار الدّعوى العمومية وفقا للنّص الاجتهادي الذي نصّ على: "إنّ سحب الشكوى أو التنازل عنها في جنحة عدم تسديد النّفقة لا يؤدي إلى انقضاء الدّعوى العمومية، باعتبار

(1) القانون رقم (23-06) المتضمن تعديل قانون العقوبات المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، (الجريدة الرسمية، رقم 84 الصادرة بتاريخ 24 ديسمبر 2006)، ص 24.

(2) العربي بلحاج. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث إجهادات المحكمة العليا) أحكام الزواج . ج 1 ص 366.

(3) المحكمة العليا - الغرفة الجزائية - قرار صادر بتاريخ 16/04/1995 - ملف رقم 124382. (المجلة القضائية. العدد الثاني. لسنة 1995 ص 54).

أنَّ الشَّكوى ليست شرطا لازما للمتابعة⁽¹⁾، لكن هذا الاجتهاد يتناقض مع نص المادة 331 التي وضَّحت أن صفح الضحية يضع حدًا للمتابعة الجزائية.

كما ذهبت المحكمة العليا في نفس السياق إلى جعل صفح الضحية سببا جوهريا في سقوط الدَّعوى العمومية من خلال القرار الذي نصَّ على: "...ذلك أنَّ المطعون ضدها، السيِّدة (ب.ر) قد تنازلت وصفحَتْ عن طليقها الطَّاعن، قد أصفحَتْ عنه وتنازلت عن متابعته، ممَّا يترتَّب عنه وضع حدٍّ للمتابعة عملا بنص المادة 331 من قانون العقوبات، وبالتالي نقض القرار المطعون فيه. حيث يظهر فعلا أنَّ المطعون ضدها (ب.ر) قد تنازلت وصفحَتْ عت طليقها الطَّاعن...وعليه وعملا بنص المادة 331 من قانون العقوبات في فقرتها الأخيرة، فإنَّ هذا الصَّفح يترتَّب عنه، بعد دفع النَّفقة، انقضاء الدَّعوى العمومية المقامة ضدَّ الطَّاعن، بعد نقض القرار المطعون فيه"⁽²⁾.

على هذا الأساس يُعتبر عدم أداء النَّفقة الزوجية المحكوم بها قضائيا جريمة مكتملة الأركان، ولم يعلِّق المشرِّع الجزائري إجراءات المتابعة في هذه الجريمة على قيد أو شرط، فلا يشترط شكوى الشَّخص المضرور، فالنيابة تملك حقَّ تحريك الدَّعوى العمومية متى توافرت لها الأسباب الكافية لذلك⁽³⁾، على اعتبار أنَّها تُسبَّب ضررا للزَّوجة ولأولادها والضرر يستوجب الإزالة، وبعد أن تتأكَّد المحكمة من توفُّر الشُّروط التي تضمَّنَتْها المادة 331 من قانون العقوبات، فإنَّ لها طلب إدانة الزَّوج بجنحة الامتناع عن دفع مبالغ النَّفقة المقرَّرة قضاء، وبالتالي يُسلَّط عليه الجزاء القانوني المناسب⁽⁴⁾.

هذا وجاء تعديل قانون الإجراءات الجزائية يخصَّ إمكانية التنازل عن المتابعة الجزائية في حقِّ الزَّوج المُمتنع عن أداء النَّفقة عمدا، إذا تمَّت الوساطة وذلك بموجب المادة 37 مكرَّر 2 التي نصَّت على: "يمكن أن تطبَّق الوساطة في مواد الجَنج على جرائم السَّب والكذب والاعتداء على الحياة الخاصة والتَّهديد والوشاية الكاذبة وترك الأسرة والامتناع العمدي عن تقديم النَّفقة وعدم تسليم الطِّفل والاستيلاء بطريق الغش على

(1) المحكمة العليا - الغرفة الجزائية - قرار صادر بتاريخ 1998/07/21، ملف رقم 164848. المجلة القضائية. العدد الثاني. لسنة 1998. ص 150.

(2) المحكمة العليا - غرفة الجَنج والمخالفات - قرار صادر بتاريخ 2009/03/25، ملف رقم 442278. (مجلة المحكمة العليا العدد الثاني. سنة 2009. ص 378).

(3) أ- الركن المادِّي: يقوم هذا الركن على عنصرين:

- عدم دفع مبلغ النَّفقة المحكوم بها بموجب حكم نهائي والدَّفع ينبغي أن يكون كليًا وليس جزئيًا.

- تحقُّق ميعاد شهرين بداية من تاريخ تبليغه بالإندار بالدَّفع وانتهاء مدَّة إنذاره المقدَّرة بـ 20 يوما عن طريق محضر إلزام بالدَّفع.

ب- الركن المعنوي: يفترض وجود سوء النية فمجرَّد الامتناع عن الدَّفع يقيم الركن المعنوي لهذه الجريمة ويتجسّد هذا الركن بعلم المتهم بصُدور حكم قضائي ضده واجب النفاذ بدفع النَّفقة وعلمه بالتنبيه عليه بالدفع، واتِّجاه إرادة المتهم إلى فعل الامتناع عن دفع النَّفقة.

ج- الركن الشرعي: يتجسّد في وجود النصوص القانونية المجرِّمة لهذا العمل لا سيما المادة 331 من قانون العقوبات. (أنظر: أحسن بوسقيعة. الوجيز في القانون الجنائي الخاص. دار هومة. الجزائر، 2002. ج 1 ص 154...164).

(4) عبد العزيز سعد. قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد. ص 110.

أموال الإرث قبل قسمتها..."⁽¹⁾، على أن يراعى في الوساطة رضا الطرفين بموجب المادة 37 مكرراً من قانون الإجراءات الجزائية التي نصّت على: "يُشترط لإجراء الوساطة قبول الضحية والمشتكي".

2- حق الزوجة في التّطليق بسبب عدم الإنفاق.

من خلال قانون الأسرة الجزائري يظهر أنّ المشرّع عالج عدم أداء النّفقة من خلال المادة 53 المتضمّنة الحالات الدّاعية لطلب التّطليق، من خلال الفقرتين الأولى والخامسة بنصّها على: "يجوز للزوجة أن تطلب التّطليق للأسباب التالية: 1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه مالم تكن عالمة بإعساره وقت الزّواج، مع مراعاة المواد 78 و79 و80 من هذا القانون...، 5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة".

على هذا الأساس يمكن للزوجة التي تضرّرت بفعل عدم إنفاق الزّوج عليها أن تلجأ إلى القضاء أيضاً، لكن بغرض فكّ الرّابطة الزوجية عن طريق التّطليق، على أنّه يجب توافر أربعة شروط قانونية هي⁽²⁾:

أ- الحصول على حكم صادر من قسم شؤون الأسرة بالمحكمة المختصّة، ويكون فحوى هذا الحكم مُتضمّناً إلزام الزّوج بدفع النّفقة الزوجية.

ب- أن يحوز الحكم لقوّة الشيء المقضي به، ولا يمكن الطّعن فيه بأية طريقة من طرق الطّعن.

ج- أن يكون الزّوج قد بلّغ رسمياً بالحكم الصّادر ضده ويطلب منه تنفيذه وفقاً للقانون، ويثبت امتناعه بموجب محضر رسمي يحرّره المحضر القضائي المكلف بالتنفيذ، وفقاً لما نصّ عليه قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ويتجلى هدف تحقيق اشتراط تبليغه بالحكم إعطائه فرصة الطّعن وعدم الاحتجاج بعدم العلم، حتى يقوم بالتنفيذ طواعية وتجنّب الآثار القانونية لعدم امتثاله للتنفيذ، على أنّ له أجل حدّدته المادة 331 من قانون العقوبات بشهرين من تاريخ التّبليغ، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في اجتهاداتها⁽³⁾.

وعلى هذا الأساس يحرص الزّوج على الوفاء في هذا الأجل لأنّ الوفاء بعده لا يُعفيه من جرم عدم أداء النّفقة، وفقاً لاجتهاد المحكمة العليا بنصّه على: "إنّ قضاة الموضوع طبقوا المادة 331 تطبيقاً سليماً لما أثبتوا في قراراتهم أنّ المتهم دفع النّفقة بعد انقضاء المدّة القانونية المحدّدة في المادة المذكورة، وأنّه اعترف بتماطله في التّسديد لافتقاده القدرة على الوفاء بالتزامه نتيجة ظروفه الاجتماعية الصّعبة"⁽⁴⁾.

(1) الأمر رقم (02-15) المؤرخ في 23 يوليو 2015، يعدل ويتمّم الأمر رقم (66-155) المؤرخ في 08 يونيو 1966 (الجريدة الرسمية، رقم 48 الصادرة بتاريخ 10 يونيو 1966)، المتضمن تعديل قانون الإجراءات الجزائية (الجريدة الرسمية، رقم 40 الصادرة بتاريخ 23 يوليو 2015)، ص 30.

(2) العربي بلحاج. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (وفق آخر التّعدّلات ومدعّم بأحدث إجتهدات المحكمة العليا) أحكام الزّواج. ج1 ص 367، (ورأيه جاء بناء على قرار المحكمة العليا الغير منشور لغرفة الأحوال الشخصية المؤرخ في: 1987/01/26، ملف رقم 44357، المجلة القضائية لسنة 1991).

(3) المحكمة العليا - غرفة الجنح والمخالفات القسم 3 - قرار صادر بتاريخ 1996/06/30 ملف رقم 132862 - (المجلة القضائية لسنة 1999، العدد الثاني، ص 94).

(4) المحكمة العليا - غرفة الجنح والمخالفات - قرار صادر بتاريخ 1987/06/26 ملف رقم 59472 - (المجلة القضائية لسنة 1991، العدد الثالث، ص 230).

على أن يبدأ سريان مدة الشَّهرين ابتداء من انتهاء المدة المخصَّصة للتَّكليف بالوفاء والمحدَّدة قانونا بخمسة عشر (15) يوما، وهو ما نصَّت عليه المادة 612 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "يجب أن يسبق التنفيذ الجبري، التبليغ الرِّسمي للسَّند التَّنفيذي وتكليف المنقَّذ عليه بالوفاء، بما تضمَّنه السَّند التَّنفيذي في أجل أقصاه خمسة عشر (15) يوما..."، وهذا قياسا على قرار المحكمة العليا الذي تضمَّن أجل الوفاء في ظل قانون الإجراءات المدنية قبل التَّعديل، فنصَّ الاجتهاد القضائي على: "يتم حساب مدة الشهرين اعتبارا من تاريخ انقضاء المهلة 20 يوما المحدَّدة في التكليف بالدفع"⁽¹⁾.

د- أن لا تكون الزَّوجة عالمة بعُسر وفقره وقت الزَّواج، فإذا كانت عالمة بذلك قبل انعقاد الزَّواج، وقبلت ومضى انعقاد الزَّواج، ثمَّ الدَّخول، فلا يمكنها أن تتطلَّع منه فيما بعد، وهذه الجزئية تضمَّنتها المادة 53 من قانون الأسرة.

غير أنَّ معالجة المشرِّع المغربي لفكرة عدم الإنفاق كسبب موجب للتَّطليق، كانت أكثر مرونة بالمقارنة مع المشرِّع الجزائري، ولا سيما أنَّه راعى حالة عجز الزَّوج على الإنفاق، حيث عالجت المادة 102 من المدوَّنة المسألة بحسب الحالة المادية للزَّوج، فإذا كان له مال وأمكن أخذ نفقة الزَّوجة منه، رفضت دعوى الزَّوجة بالتَّطليق، وفي حال ثبوت عسره منحت المحكمة أجلا يقدَّر بثلاثين يوما لينفق خلالها وإلا طَلَّقت عليه، أمَّا إذا ثبت يسره وامتناعه عن النَّفقة طَلَّقت عليه حالا، فضلا على أنَّ الطَّلَّاق بسبب عدم الإنفاق يعدُّ رجعيًا بعد أن يثبت يسر الزَّوج وقدرته على الإنفاق⁽²⁾.

كما أنَّ المشرِّع التُّونسي قد أعطى الزَّوج فُسحة في حال إعساره، عن أداء النَّفقة ويضرب له أجل شهرين من أجل النَّفقة، ففي حال عدم قدرته طَلَّقت عليه زوجته، التي وفي صورة ما كانت عالمة بإعساره فإنَّها حين العقد ليس لها أن تطلب الطَّلَّاق، وهو ما جاء به الفصل 39 من المجلَّة، فالطَّلَّاق في هذه الحال يقع بقوة القانون، حيث قد ترضى الزَّوجة بزواجها المعسر، فالصيغة لم تتضمَّن طلب الزَّوجة للطَّلَّاق بسبب إعسار زوجها ومع ذلك إذا عجز عن الإنفاق طَلَّقت عليه، ولكن علمها بإعساره يحول دون طلبها الطَّلَّاق، وعلى هذا الأساس فطلب الطَّلَّاق يكون منها⁽³⁾.

3- حق الزَّوجة في التَّطليق بسبب عدم الإنفاق والغيبة.

منح قانون الأسرة السَّيطرة للزَّوجة في مباشرة دعوى التَّطليق في نفس السياق، إذا ما كان الزَّوج غائبا بدون عذر ولم يترك لها نفقتها أو يرسلها لها، ومن خلال تفحص الفقرة الخامسة من نص المادة 53 من قانون الأسرة، وكذا المادة 110 التي نصَّت على: "الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرُّجوع إلى محلِّ إقامته

(1) المحكمة العليا - غرفة الجناح والمخالفات القسم 3 - قرار صادر بتاريخ 14/07/1996 ملف رقم 132869- (المجلة القضائية لسنة 1999. العدد الثالث. ص 94).

(2) عبد الكريم شهبون. الشَّافي في شرح مدوَّنة الأسرة. ج 1 ص 265.

(3) أحمد نصرالجندي. الأحوال الشخصية في القانون التُّونسي. ص 73.

أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدّة سنة وتسبّب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود"، يمكن التوصل إلى شروط اعتبار الشخص غائبا يمكن حصرها فيما يلي⁽¹⁾:

أ- أن لا تقلّ فترة غيابه عن مدّة السّنة الواحدة من يوم غياب الزّوج إلى تاريخ رفع الدّعوى، وعلى هذا الأساس لا يمكن أن ترفع دعواها بالنّفقة إذا لم يمض عن موعد غيابه سنة واحدة.

ب- أن يكون غيابه لغير سبب وجيه أو أن يسافر لغرض الإضرار بها، أمّا إذا كان سفره قاصدا أي لغاية محدّدة كطلب العيش أو العلم أو لأداء الخدمة الوطنية فلا يجوز لها المطالبة بالتّطبيق.

ج- أن لا يترك الزّوج لزوجته نفقة تستطيع الإنفاق بها على نفسها، وأولادها، طيلة فترة السّنة التي كان غائبا فيها، فإذا كان قد ترك لها نفقتها فلا تُقبل دعواها للتّطبيق.

جاء نصّ اتفاقية القضاء على جميع أشكال التّمييز ضد المرأة فضفاضا وغير شاملٍ لحقّ الزّوجة في النّفقة الزوجية، حيث تمّت الإشارة إلى مساواتها مع الرّجل في الاستحقاقات الأسرية بموجب المادة 13، وكذلك ما جاءت به المادة 16 في فقرتها (ج) بجعل الحقوق مُتساوية كما المسؤوليات بمناسبة انعقاد الزّواج وفسخه، حيث نصّت على: "نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزّواج وعند فسخه".

كما أعطت الاتفاقية للزّوجة نفس الحقوق والمسؤوليات على أساس أنّها والدة، بموجب المادة 16 فقرة (د) بنصّها على: "نفس الحقوق والمسؤوليات كوالدة، بغضّ النّظر عن حالتها الزوجية..."، فضلا على الفقرة (ز) من نفس المادة بتمكينها من نفس الحقوق الشّخصية كما الزّوج.

فكان جليّا أنّ اهتمام الاتفاقية مُنصبّ حول التّسوية بين الأزواج، دون الاهتمام بالاختلافات التّمطية التي تفرضها الطّبيعة، ولا سيما امتياز الزّوجة ببعض الخصائص أو العكس، ومن ذلك إجبار الزّوجة بصرف الحالة المالية للزّوج على الإنفاق الأسري، وهو الأمر الذي لا يأخذ به الإسلام، حيث أنّ نظام النّفقات يوجب النّفقة على الرّجل وليس المرأة⁽²⁾، وهو ما أخذ به قانون الأسرة في لفّة نوعيّة تُوحى بمُراعاة حقيقة لمصلحة المرأة، وليس فقط الاهتمام بالمساواة الشّكلية التي لا طائل منه، من حيث تحميلها النّفقة على أولادها في حالة ثبوت عسر الزّوج استثنائيا.

المبحث الثالث: الأحكام المالية الشاملة للزّوجين في قانون الأسرة الجزائري.

خصّ الشّرع والتّشريع طرفا العلاقة الزوجية بأثار مالية للزّواج، فكان الزّواج سببا لاكتسابهما أموالا في حياتهما أو بعد وفاة أحدهما، فخلال الحياة الزوجية يكتسب الزّوجان أموالا نتيجة تحصيلهما من عمل أو وظيفة أو إرث أو غير ذلك، ولهما الحرية في التصرف في هاتاه الأموال، بصفة منفردة أو في شكل مشروع مُشترك بينهما إن هما تراضيا، ولقد عنى قانون الأسرة الجزائري بهذه المسألة بغية حماية أكثر ودفع لمشاكل

(1) العربي بلحاج . الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. طبعة 1999. ج 1 ص 297 و 298.

(2) تيسير فتوح حجة . حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية والمواثيق الدّولية دراسة مقارنة . ص 225.

قد تنشأ، نتاج نزاعات مالية بين الزوجين وما أكثرها، وتستمر الآثار المالية الناشئة عن الزواج حتى بانتهاء بوفاة أحد طرفيها، فيمكن لهما التّوارث، وهو ما تمّ علاجه بموجب الشّرع والقانون ولا سيما قانون الأسرة الجزائري، وهذه المسائل سوف يتمّ بحثها على امتداد هذا المبحث وفقا للتّفصيل التّالي:

المطلب الأول: الدّمة المالية للزوجين.

المطلب الثاني: التّوارث بين الزوجين.

المطلب الأول: الدّمة المالية للزوجين.

تكون الأموال في بعض الأحيان سببا مباشرا في نشوء المشاكل الزوجية، والوصول إلى حلّ الرّابطة الزوجية لا سيما إذا كانت الزّوجة ذات مدخول، ولا ترغب في مُشاركة زوجها مشاريعه واستبقاء ذمّتها مستقلة عن ذمّته، أو نشوء النّزاع بسبب وجود مشروع مالي تشاركي بينهما دون تبين التزامات وحقوق كلّ منهما، وعلى هذا الأساس وجب التعرّض للدّمة المالية للزوجين وفقا للتّفصيل التّالي:

الفرع الأول: مفهوم الدّمة المالية.

الفرع الثاني: الطّبيعة القانونية للدّمة المالية.

الفرع الثالث: إستقلال الدّمة المالية للزوجين.

الفرع الرابع: الإشتراك المالي بين الزوجين.

الفرع الخامس: الإجراءات المُراعاة في التّنازع حول الأموال بين الزوجين.

الفرع الأول: مفهوم الدّمة المالية.

يقتضي الوصول إلى مفهوم الدّمة المالية معرفة معنى الدّمة في اللّغة والاصطلاح وفقا لما يلي:

أولا: مفهوم الدّمة في اللّغة.

الدّمة المالية باللغة الفرنسية هي (Le Patrimoine)⁽¹⁾ وباللغة الإنكليزية (The Safekeeping) أو (The Responsibility)⁽²⁾، والدّمة هي العهد والكفالة والحقّ والحُرمة، ولذلك يُسمّى أهل العهد أهل الدّمة⁽³⁾، والدّمة تعني كذلك الأمان، وأهل الدّمة أيضا تعني أهل العقد⁽⁴⁾، وبثّر دّمة بمعنى قليلة الماء⁽⁵⁾. من خلال ما سبق يتّضح أنّ الدّمة ينصرف معناها اللّغوي إلى العهد والكفالة والأمان.

(1) شوقي ضيف . معجم القانون . ص 96.

(2) محمد رواس قلعة جي؛ حامد صادق قنيبي. معجم لغة الفقهاء. ص 284.

(3) ابن منظور. لسان العرب. ج 12 ص 220.

(4) الجوهري. الصحاح: تاج اللّغة وصحاح العربية. ج 6 ص 204.

(5) ابن سيده. المخصّص. ج 3 ص 27.

ثانيا: مفهوم الذمة المالية في الاصطلاح.

تعتبر الذمة المالية من أهم خصائص الشخصية القانونية سواء كان الشخص طبيعيا أو معنويا، ولقد وردت العديد من التعريفات الاصطلاحية بشأن الذمة، والتي من أهمها أنّ "الذمة هي وعاء اعتباري يقدّر تكونه في الشخص لتثبت فيه الديون وسائر الالتزامات التي تترتب عليه"⁽¹⁾، فيتّضح من خلال هذا التعريف التركيز على أنّ الذمة أشبه بوعاء ينشأ مع الإنسان، ويشمل كلّ ما له علاقة بالجانب المالي للشخص من حيث ماله من حقوق لدى الغير تتجلى في الديون وما عليه من التزامات.

هذا وللذمة المالية عنصران: عنصر إيجابي ويشمل الحقوق المالية فقط، فتتضمّن الحقوق العينية والشخصية والشقّ المالي من الحقوق الأدبية، بالإضافة إلى الحقّ في التعويض عن الفعل الضارّ، وعنصر سلبي يشمل كافة الإلتزامات أيّا كان مصدرها⁽²⁾.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للذمة المالية.

تكتسي الذمة المالية أهمية بالغة في المجال القانوني، ولذلك فقد عُيّنت بعدد البحوث والتّنبؤ بغية إعطاء مفاهيم مضبوطة لها تعكس طبيعتها، وعلى هذا الأساس كانت محل تجاذب بين نظريات عديدة أهمّها: أولا: النظريّة التقليديّة للذمة المالية (النّظرية الشخصية).

وفقا لهذه النظريّة فالذمة المالية هي مجموع ما يمتلكه الشخص، فهي بهذا المفهوم مجموع الحقّ، الذي تكونه الأموال بالنّظر إلى وحدة الشخصية في حدّ ذاتها التي تنتمي إليها، فهي مجموعة قانونية⁽³⁾، تشمل مجموع الحقوق المالية والالتزامات الموجودة أوالتي قد توجد لشخص معيّن، فتقوم هذه النظريّة على أنّ الذمة المالية تشكّل الجانب المالي للشخصية القانونية، وبالتالي فهي نتاج لجانبين، أحدهما إيجابي يشمل ما للشخص من حقوق مالية حاضرة ومستقبلية، والآخر سلبي يشمل ما عليه من التزامات حاضرة ومستقبلية، فقد تكون الذمة المالية موسرة، بمعنى يزيد جانبها الإيجابي من حقوق مالية على ما يتضمّن جانبها السلبي من التزامات مالية، وقد تكون الذمة المالية مُعسرة، ويتحقّق ذلك عندما يزيد ما يتضمّن الجانب السلبي من التزامات مالية على الجانب الإيجابي، بل وقد تبقى الذمة المالية قائمة برغم خلوّها من أي حقّ أو التزام مالي، طالما كانت إمكانية قابلية اكتساب الحقوق أو تحمّل الإلتزامات المالية⁽⁴⁾.

ويتربّط على هذا التّصوّر النتائج التالية :

1- لكلّ شخص ذمة مالية تثبت له بمجرد ميلاده، لأنّها مرتبطة بالشخصية القانونية فتكون للمفلس ذمة مالية رغم عدم وجود حقوق له، كما وللوليد ذمة مالية رغم عدم وجود التزامات له، على اعتبار أنّ الذمة

(1) مصطفى أحمد الزرقا. الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد. المدخل الفقهي العام. ج 2 ص 786.

(2) فريدة محمدي (زواوي). المدخل للعلوم القانونية نظرية الحق. CEDOC، بن عكنون، الجزائر، ط 1، 1998. ص 96.

(3) Charles Aubry et Charles Rau. Cours de droit civil français. tome 1. p 161.

(4) عمر صلاح الحافظ مهدي العزاوي. الذمة المالية للزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي (دراسة مقارنة) في إطار الفقه الإسلامي- التشريعات العربية والغربية. منشورات الحلبي الحقوقية. تقديم: أحمد الكبيسي، بيروت، لبنان، 2010، ط 1. ص 33 و34.

المالية هي وعاء يشمل كل الحقوق والالتزامات الثابتة للشخص حاضرا ومستقبلا⁽¹⁾.

2- لكل شخص طبيعي أو معنوي ذمة مالية واحدة، لا تتعدد ولا تقبل التجزئة، على أساس أن الشخصية القانونية لا تقبل التعدد أو التجزئة، فالذمة المالية ماهي إلا الجانب المالي للشخصية، ولا يقتصر ذلك على عدم جواز تجزئة الذمة إلى وحدتين لكل منهما جانبيين سلبى وإيجابى⁽²⁾.

3- لا تقبل الذمة المالية الانتقال من شخص لآخر، لأنها وعاء افتراضي يشتمل على الحقوق والالتزامات، فيمكن التصرف في أحد العناصر دون أن يؤثر ذلك على كيان المجموع ككل، وعلى هذا الأساس يُعتبر الوارث امتدادا لشخصية المورث إذا قبل التركة على حالها، لأن ذمة المورث تختلط بذمة الوارث، وتشكل ذمة واحدة فليس هناك انتقال لذمة المورث⁽³⁾.

ثانيا: النظرية الحديثة للذمة المالية (نظرية التخصيص).

وفقا لهذه النظرية فالذمة المالية لا تكون مجموعة مُتماسكة من الحقوق والالتزامات المالية، بسبب ثبوتها لشخص معين دائما وإنما بسبب تخصيصها لغرض معين ذي قيمة جوهرية تستحق الحماية، وبهذا يمكن تفسير الأوضاع القانونية الناتجة عن نشاط الشركات والجمعيات والمؤسسات، فالحقوق والالتزامات المتعلقة بنشاطها تكون مستقلة عن حقوق والالتزامات الأفراد المكونين لها، والجامع بين هذه الحقوق والالتزامات هو الغرض المقصود من الشركة أو الجمعية أو المؤسسة⁽⁴⁾، وينتج عن هذا التصور للذمة المالية وفقا لهذه النظرية مايلي:

1- إمكانية وجود ذمة مالية دون استنادها لشخص، كما في حالة وجود مجموعة من الأموال لتحقيق غرض معين، كما قد يوجد شخص بدون ذمة مالية إذا لم تكن له عناصر سلبية وإيجابية.

2- إمكانية تجزئة الذمة المالية، حيث قد تتعدد الذمم المالية لنفس الشخص على أن تُخصّص كل ذمة لغرض معين يختلف عن غرض آخر بحسب نشاط الشخص⁽⁵⁾.

3- إمكانية انتقال الذمة المالية من شخص لآخر، على أساس أنها تكون مجموعة فعلية، وليست مجموعة احتمالية من الحقوق والالتزامات المالية المخصصة لغرض معين، ومن ثمّ يمكن تصوّر انتقالها للورثة أو التصرف فيها أو الزول عنها⁽⁶⁾.

تعرّضت النظريتان لانتقادات عديدة، فيؤخذ على النظرية التقليدية أنها ربطت بين الشخصية القانونية والذمة المالية إلى حدّ لا يمكن التمييز بينهما، وتترتب على الذمة المالية الآثار المترتبة على الشخصية، بينما

(1) فريدة محمدي (زواوي). المدخل للعلوم القانونية نظرية الحق. ص 99.

(2) خليفة علي الكعبي. نظام الاشتراك المالي بين الزوجين وتكييفه الشرعي. دار النفائس للنشر والتوزيع، عمّان، الأردن، ط1، 2010. ص 36.

(3) Charles Aubry et Charles Rau. Cours de droit civil français. tome 2. p 401.

(4) عمر صلاح الحافظ مهدي العزاوي. الذمة المالية للزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي (دراسة مقارنة). ص 36.

(5) فريدة محمدي (زواوي). المدخل للعلوم القانونية نظرية الحق. ص 100.

(6) عمر صلاح الحافظ مهدي العزاوي. المرجع السابق. ص 37.

الواقع يخالف ذلك، كما أنّ هذه النظرية قد ذهبت إلى عدم جواز تجزئة الذمة المالية إلى وحدتين، لكلّ منهما شقّ إيجابي وآخر سلبي، على هذا الأساس لا يجوز أن يخضع أحد عناصر ذمة الشخص المالية لنظم مالية تختلف عن القواعد العامة التي تخضع لها بقية أمواله، ولا يتأتّى إعمال عدم قابلية الذمة المالية للتجزئة إلاّ بالاعتماد على دمج الذمة المالية في الشخصية القانونية، كما يؤخذ على نظرية التخصيص أنّه لا يمكن تصوّر وجود ذمة مالية بدون شخص طبيعي أو معنوي.

لقد وردت في المنظومات التشريعية المختلفة أمثلة على تجزئة أو تعدّد الذمة المالية، ومن بينها النظام المالي للزوجين في القانون الفرنسي والذي يشمل قواعد تتعارض مع مبدأ وحدة الذمة المالية⁽¹⁾، ولقد نحى المشرّع الجزائري منحى المشرّع الفرنسي فيما يخص استقلال الذمة المالية لكلّ من الزوجين، في الفقرة الأولى من المادة 37 من قانون الأسرة بنصّها على: "لكلّ واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر..."

كما أنّه وبمقتضى نظام الاشتراك المالي بين الزوجين، تقسّم أموال الزوجين إلى طائفتين تضمّ الأولى الأموال المشتركة بينهما، وتضمّ الثانية الأموال الخاصة بكلّ واحد منهما، وتشمل الأموال المشتركة المنقولات المملوكة للزوجين وقت الزواج، وأيضا المنقولات المكتسبة لكلّ منهما بعد الزواج لأي سبب، إلاّ إذا اكتسبت عن طريق التبرّع واقتربت بشرط عدم دخولها في الأموال المشتركة⁽²⁾، فليس من خصائص الذمة المالية عدم قابليتها للتجزئة، وإنّما يمكن ذلك لا سيما إذا خصّص القانون مالا من أموال الشخص لغرض معيّن، فتجزئة الذمة المالية هي تطبيق لمبدأ التخصيص، فالنظرية الحديثة يصعب قبولها بوجود القوانين الوضعية الحديثة والتي تقرّ بوجود أشخاص معنوية إلى جانب الأشخاص الطبيعية، وبالرغم من ذلك يمكن تبرير اقتطاع مجموعة من عناصر الذمة المالية للشخص وتأليف ذمة أخرى لنفس الشخص⁽³⁾.

وتتجلّى أهمية الذمة المالية في أنّها تُعدّ ضمانا عاما للدائنين، وهو ما ترجمته المادة 188 من القانون المدني الجزائري بنصّها على: "أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه. وفي حالة عدم وجود حقّ أفضلية مكتسب طبقا للقانون فإنّ جميع الدائنين متساوون تجاه هذا الضمان"، على أن يشمل هذا الضمان الأموال الحاضرة وكذا الأموال الموجودة في ذمته قبل حلول ميعاد الوفاء، وإذا لم تكف أمواله للوفاء بديونه فتقسّم أمواله قسمة غرماء بين الدائنين العاديين، بينما الدائنون الحائزون على حقّ أفضلية بمقتضى رهن أو حقّ تخصيص أوحق امتياز فإنّ لهم حق استيفاء دينهم قبل أصحاب الدين العاديين، وبالتالي فإنّ لهم ضمانا خاصا بالإضافة إلى حقهم في الضمان العام⁽⁴⁾، إلاّ أنّ قواعد أنظمة الزواج في القانون الفرنسي تشكّل خروجاً

(1) عمر صلاح الحافظ مهدي العزاوي. المرجع نفسه. ص 38.

(2) voir l'article 1401 du code civil français "La communauté se compose activement des acquêts faits par les époux ensemble ou séparément durant le mariage, et provenant tant de leur industrie personnelle que des économies faites sur les fruits et revenus de leurs biens propres". Modifié par Loi n°85-1372 du 23 décembre 1985 - art. 8 JORF 26 décembre 1985 en vigueur le 1er juillet 1986. (voir: www.legifrance.gouv.fr).

(3) عمر صلاح الحافظ مهدي العزاوي. الذمة المالية للزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي (دراسة مقارنة). ص 40.

(4) خليفة علي الكعبي. نظام الاشتراك المالي بين الزوجين وتكييفه الشرعي. ص 36.

خروجا على هذا المبدأ، وخصوصا القواعد التي تحكم الديون في ظلّ نظام الاشتراك المالي للزوجين، فلا يستطيع الدائن الذي نشأ دينه بعد الزواج التنفيذ على الأموال المشتركة بين الزوجين، بالرغم من عدم تملك الزوج المدين نصيبا في تلك الأموال إلاّ بالموافقة الصريحة للزوج الآخر ورضاه، على أن لا يكون هذا الإلتزام إلاّ في حدود الأموال الخاصة لكل طرف، وهو ما يعتبر خروجا عن القاعدة العامة الجاعلة من جميع أموال المدين ضمانا للوفاء بديونه⁽¹⁾، وبالتالي فقد عمد المشرع الفرنسي في إطار نظام الفصل بين أموال الزوجين، إلى النصّ على استقلال الديون المستحقة على أحد الزوجين خارج نظام الاشتراك في الأموال المكتسبة⁽²⁾.

الفرع الثالث: إستقلال الذمة المالية للزوجين.

نصّ المشرع الجزائري على انفصال الذمم المالية لكلّ من الزوجين، وتمتّع كليهما بالتصرف بحرية مطلقة في أمواله دون قيد أو تدخّل من الزوج الآخر، وذلك بموجب الفقرة الأولى من نصّ المادة 37 من قانون الأسرة، وعلى هذا الأساس يمكن لكلّ واحد منهما إجراء جميع التصرفات المالية على تنوعها، دون أن يكون الزواج قيّدا في ذلك، فلا يستطيع أي من الطرفين الأخذ من مال الآخر إلاّ برضاه ولا سيما الزوج، ويمكن التّبين في هذا الجانب من خلال التّفاصيل التالية:

أولا: حرية الزّوجة في الاحتفاظ بذمتها المالية المستقلة بعد الزواج.

للمرأة كامل الحرية في التصرف في أموالها الخاصة بها، والمتأتية عن طريق الكسب أو الوصية أو الإرث دون وصاية عليها من أيّ كان، لا سيما إذا اكتملت أهليتها، فلها أن تباشر جميع العقود سواء كانت معاوضات أو تبرعات، ودليل ذلك هو قوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى...﴾⁽³⁾، فدلت الآية على أن الصّدق هو حقّ صرف لهنّ، و"يَتَصَرَّفْنَ بِالْإِمْضَاءِ وَالْإِسْقَاطِ كَيْفَ شِئْنَ إِذَا مَلَكَنَّ أَمْرَ أَنْفُسِهِنَّ فِي الْأَمْوَالِ وَرَشَدْنَ"⁽⁴⁾، فللمرأة السّلطة في أن تعفو من مالها وندب إليها الله تعالى العفو لأنّه أقرب للتقوى، وسوّى الله تعالى بينها وبين الرّجل فيما يجوز من عفو كلّ واحد عن الآخر، بأن يعفو الرّجل عن استرداد نصف الصّدق إن هو دفعه كاملا وطلّق قبل الدّخول، وبالمقابل يمكن للمرأة أن تعفو عن نصفه ولا تأخذ منه شيئا⁽⁵⁾.

فلا داعي لإضافة شروط أخرى لتحقيق مناط الأهلية بنوعها في الزّوجة، فللمرأة البالغة العاقلة

(1) voir l'article 1415 du code civil français "Chacun des époux ne peut engager que ses biens propres et ses revenus, par un cautionnement ou un emprunt, à moins que ceux-ci n'aient été contractés avec le consentement exprès de l'autre conjoint qui, dans ce cas, n'engage pas ses biens propres." Modifié par Loi n°85-1372 du 23 décembre 1985 - art. 11 JORF 26 décembre 1985 en vigueur le 1er juillet 1986. (voir: www.legifrance.gouv.fr).

(2) العربي بلحاج الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث إجتهاادات المحكمة العليا) أحكام الزّواج. ج 1 ص 327.

(3) سورة البقرة. الآية 237.

(4) ابن العربي. أحكام القرآن. ج 4 ص 293.

(5) الشافعي. الأم. ج 3 ص 216.

الرشيده الشخصية القانونية الكاملة في التملك والتصرف ومباشرة هذه التصرفات المالية بنفسها أو عن طريق غيرها، فقد ساوى الإسلام بين الزوج وزوجته في القيمة الإنسانية، وكان من المنطق المساواة بينهما في الحقوق المدنية والتي من بينها الحقوق المالية من خلال التملك والبيع والشراء والتعاقد والهبة⁽¹⁾.

على هذا الأساس فالتصرفات القانونية المالية الصادرة من الزوجة العاقلة الرشيدة من أموالها الخاصة سواء كانت منقولات أو عقارات وكان اكتسابها لها قبل الزواج أو أثناءه هي تصرفات نافذة، دون الحاجة إلى إجازة الزوج، فليس لديه الحق على مال زوجته بدون رضاها، مالم تطب نفسها بذلك دون إكراهها⁽²⁾، وذلك مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُنَّ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾⁽³⁾، أي: "إذا جادت لزوجها بالعطية طائفة غير مكرهة لا يقضي به عليكم سلطان، ولا يؤاخذكم الله تعالى به في الآخرة"⁽⁴⁾، وأيضا دليل ذلك من الحديث عَنْ عَمْرِو بْنِ الْحَارِثِ عَنْ زَيْنَبِ امْرَأَةِ عَبْدِ اللَّهِ قَالَتْ: كُنْتُ فِي الْمَسْجِدِ فَرَأَيْتُ النَّبِيَّ ﷺ فَقَالَ: تَصَدَّقْنَ وَلَوْ مِنْ حُلِيِّكُمْ وَكَانَتْ زَيْنَبُ تُنْفِقُ عَلَى عَبْدِ اللَّهِ وَأَيْتَامٍ فِي حَجَرِهَا قَالَ فَقَالَتْ لِعَبْدِ اللَّهِ سَلْ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَيْجِزِي عَيِّي أَنْ تُنْفِقَ عَلَيْكَ وَعَلَى أَيْتَامٍ فِي حَجَرِي مِنَ الصَّدَقَةِ فَقَالَ: سَلِي أَنْتِ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَأَنْطَلَقْتُ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فَوَجَدْتُ امْرَأَةً مِنَ الْأَنْصَارِ عَلَى الْبَابِ حَاجَتُهَا مِثْلُ حَاجَتِي فَمَرَّ عَلَيْنَا بِلَالٍ فَقُلْنَا سَلِ النَّبِيَّ ﷺ أَيْجِزِي عَيِّي أَنْ تُنْفِقَ عَلَى زَوْجِي وَأَيْتَامٍ لِي فِي حَجَرِي وَقُلْنَا لَا تُخْبِرُنَا فَدْخَلَ فَسَأَلَهُ فَقَالَ مَنْ هُمَا قَالَ زَيْنَبُ قَالَ أَيُّ الزَّيْنَبِ قَالَ امْرَأَةُ عَبْدِ اللَّهِ قَالَ نَعَمْ لَهَا أَجْرَانِ أَجْرُ الْفَرَاةِ وَأَجْرُ الصَّدَقَةِ⁽⁵⁾، فدل الحديث على أن للزوجة التصرف في مالها كيفها شاءت، ومن ذلك التصديق في أوجه الخير، ولا سلطة للزوج في أن يمنعها من ذلك، وأهم تجليات حرية تصرفها في مالها هو صداقها، فهو ملك لها تتصرف فيه كيفما شاءت تماشيا مع المادة 14 من قانون الأسرة الجزائري، ولا سلطة للولي عليها فيه، كما أنه لا يمكن للزوج المطالبة بأي شيء عوضه وعلى هذا الأساس يمكن لها التبرع به أو رهنه أو هبته إذا كانت أهلا لذلك⁽⁶⁾.

إن تصرف الزوجة العاقلة الراشدة في مالها محل اختلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية، حيث يرى الجمهور⁽⁷⁾ أن لها كامل الحرية في التصرف في أموالها دون الحاجة إلى إذن زوجها، ودليلهم في ذلك قوله

(1) أيمن أحمد محمد نعيات. (الذمة المالية للمرأة في الفقه الإسلامي). أطروحة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الفقه والتشريع. كلية الدراسات العليا. جامعة النجاح الوطنية. نابلس. فلسطين. 2009 ص 48 و 49.

(2) رعد مقداد محمود الحمداني. النظام المالي للزوجين دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية والتشريعات الفرنسية. الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط 1، 2003. ص 58.

(3) سورة النساء. الآية 4.

(4) القرطبي. الجامع لأحكام القرآن. ج 5 ص 27.

(5) رواه البخاري. (أنظر: البخاري. صحيح البخاري. كتاب الزكاة. باب الزكاة على الزوج والأيتام في الحج. الحديث رقم 1466. ج 2 ص 121 و 122).

(6) العربي بلحاج. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث إجهادات المحكمة العليا) أحكام الزواج. ج 1 ص 327.

(7) الشافعي. الأم. ج 3 ص 217؛ ابن قدامة. المغني. ج 4 ص 560؛ السرخسي. المبسوط. ج 24 ص 162 و ج 25 ص 21.

تعالى: ﴿وَابْتَغُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ...﴾⁽¹⁾، على العكس من السّادة المالكية⁽²⁾ الذين أعطوها حرية التصرف في أموالها في حدود الثلث، ومازاد على ذلك فهو مُقَيّد بإذنه لا سيما إذا تضرّر من تصرفها، ودليلهم في ذلك هو قوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ...﴾⁽³⁾، وأيضا للحديث "عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ فِي خُطْبَةٍ خَطَبَهَا: لَا يَجُوزُ لَامْرَأَةٍ فِي مَالِهَا، إِلَّا بِإِذْنِ زَوْجِهَا، إِذَا هُوَ مَلَكٌ عِصْمَتُهَا"⁽⁴⁾، إلا إذا كانت هبتها لزوجها ولو تبرّعت له بكلّ مالها فلا يردّ تصرفها ويعتبر نافذا⁽⁵⁾، فهذه دلائل على منع الزّوجة من التّصرّف في مالها بدون عوض، بشكل يُهكّ المال بدون إذن صريح من زوجها المسؤول على نفقتها، خاصّة إذا قصدت بذلك الإضرار به، ومنعه من ميراثها عن طريق تهريب أموالها للغير بالتبرّع، فإنّ له أن يعترض على هذه التصرّفات حماية لنفسه ولزوجته من العبث بمالها.

بالرجوع إلى منعى المشرّع الجزائري فإنّه نصّ على استقلال الذّمة المالية للزّوجة من خلال المادة 37 من قانون الأسرة في فقرتها الأولى، حيث يمكن للزّوجة مباشرة التصرّفات المالية دون حاجة لرضا زوجها مالم تكن محجورا عليها⁽⁶⁾، فواضح أنّ المشرّع لم يأخذ برأي المالكية صراحة بهذا الخصوص وأخذ برأي الجمهور، الجمهور، إلا أنّ مقتضيات العشرة الزوجية وضرورة تعاون الزوجين على تكاليفها بما يحقّق مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد والتّشاور بينهما، وفقا للفقرتين الثالثة والرابعة من المادة 36 من قانون الأسرة الجزائري التي وضّحت واجبات وحقوق كلّ من الزوجين والتي من ضمنها: "3- التّعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم، 4- التّشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات"، فالزّوجة عليها مُشاورة زوجها في ما يتعلّق بالتصرّفات المالية بدون عوض، ولا سيما أنّه ربّ الأسرة والمكلّف بالإنفاق، كما أنّ تصرف الزّوجة في مالها منوط بحدّ الثلث الوارد في الوصيّة عملا بأحكام المادة 185 من قانون الأسرة التي نصّت على: "تكون الوصيّة في حدود ثلث التّركة، ومازاد على الثلث توقّف على إجازة الورثة"، والزّوج من الورثة الذين لهم حقّ الاعتراض على أي تصرف مالي يُجاوز الثلث⁽⁷⁾.

(1) سورة النساء . الآية 6.

(2) القرافي . الذخيرة . ج 8 ص 251.

(3) سورة النساء . الآية 34.

(4) رواه الخمسة إلا الترمذي: (أنظر: ابن ماجة. سنن ابن ماجة. أبواب الهبات. بَابُ عَطِيَّةِ الْمَرْأَةِ بِغَيْرِ إِذْنِ زَوْجِهَا. الحديث رقم 2388. ج 3 ص 468؛ أبو داود. سنن أبي داود. كتاب الخراج والفيء والإمارة. باب في عطية المرأة بغير إذن زوجها. الحديث رقم 3547. ج 2 ص 316؛ النسائي. سنن النسائي الكبرى. كتاب العمري. باب عطية المرأة بغير إذن زوجها. الحديث رقم 6592. ج 4 ص 135؛ أحمد بن حنبل. مسند أحمد بن حنبل. الحديث رقم 6681. ج 2 ص 179).

(5) الدسوقي. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. ج 3 ص 308.

(6) محمد أمين لوعيل. المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري. دارهومة للطباعة والنشر والتوزيع، بوزريعة، الجزائر، 2004. ص 168.

(7) العربي بلحاج. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (وفق آخر التّعديلات ومدعّم بأحدث إجتهاادات المحكمة العليا) أحكام الزّواج . ج 1 ص 325.

إن فكرة استقلال الذمة المالية للزوجة عن زوجها في النص الشرعي والقانوني تصطدم بواقع تداخل أموال الزوجين في ظل قصور النص القانوني المنظم لهذه الشراكات، ولا سيما بتقييد الزوج سلطة زوجته في التصرف بماله بداعي الحفاظ على النظام المالي الأسري من إفراطها في الإنفاق أو الإضرار على حد السواء، وإمكانية تعسفه في تطبيق هذه السلطة التي يمارسها بدون وجه حق، إلا أن العادة والعرف أوجداها، وهي في الحقيقة سبب مباشر في عديد النزاعات الأسرية التي كثيرا ما تنتهي بالطلاق، في ظل تعنت الطرفين بادعاء الزوج أحقيته في مال زوجته لا سيما إذا كان ماله ناتج عملها، بحكم أنه يعتبر نفسه مُتنازلا عن عديد الحقوق بسبب خروجها للعمل، وإمكانية حدوث التقصير من جانبها بسبب عدم قدرتها على التوفيق بين عملها وواجباتها الزوجية، وقد يؤدي الأمر بالزوجة إلى إغفال الحديث عن مسألة "إستيلاء" زوجها على حرّ مالها، درءا للمشاكل وتضحية منها أملا في استمرار الحياة الزوجية.

كما أن الزوجة القاصرة التي تملك أموالا لا تستطيع مباشرة تصرفاتها إلا بإجازة الولي وليس الزوج، والمقصود بالولاية المالية "الإشراف على الشؤون المالية للزوجة القاصرة بحفظ مالها وتنميته واستيفاء حقوقه والإنفاق عليه بما تقتضيه المصلحة والحاجة"، فالولي يملك الولاية الكاملة للتصرف، وإدارة أموال الصغيرة القاصرولا سيما إذا كان معروفا عنه حسن تدبيره، إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة خاصة، إذا أدى تصرف الولي إلى غبن فاحش ويمكن للقاضي إبطاله⁽¹⁾، فعلى الولي أن يراعي مصلحة القاصر المتزوجة ولا يباشر سلطاته إلا باستشارة القاضي وهو ما بينته المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري، كما يبقى القاضي رقيبا على تصرفات الولي، بغية الحفاظ على أموال القاصر المتزوجة وله كامل الصلاحيات إذا ما ثبت تقصير أو تعسف الولي في القيام بمهامه، وهو ما تضمنته المادة 89 من قانون الأسرة الجزائري.

ثانيا: سلطة الزوجين على أمواله الخاصة.

بموجب الفقرة الأولى من نص المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري والتي تضمنت استقلال الذمة المالية لكل من الزوجين، فذلك يعطي لكل منهما السلطة المنفردة على هذه الأموال، بغية الحفاظ عليها وتنميتهما بطريقة مستقلة عن الزوج الآخر، فتظهر قدرة كليهما على مباشرة عناصر الملكية من حيث الإستعمال، الإستغلال والتصرف.

فيستعمل كل منهما ماله، والمقصود بالاستعمال هو الحصول على المنفعة من خلال استخدام الشيء دون الحصول على الثمار⁽²⁾، فيُعدّ استعمالاً، سكن الزوجين لسكنه، واستخدام السيارة بركوبها، والثياب بلبسها، وكذا أعمال الصيانة والحفظ التي من شأنها إبقاء المال الخاص في أحسن أحواله، ولكل من الزوجين استعمال ماله الخاص به وله أيضا عدم استعماله، فمالك المال ليس ملزما بممارسة الاستعمال، فبإمكان الزوج المالك للمنزل سكنه أو عدم فعل ذلك، هذا وقد يتنازل كل زوج للغير لمدة معينة عن سلطة

(1) رشيد مسعودي. (النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري- دراسة مقارنة-). ص 130... 133.

(2) فريدة محمدي (زاوي). المدخل للعلوم القانونية نظرية الحق. ص 19.

الاستعمال فيكون ذلك حصريا وفي نطاق مُحدّد، كما أنّ للزوجين ممارسة حقّه في استعمال الحصّة الشّائعة، على أن لا يتسبّب ذلك في إلحاق ضرر بالآخرين إذا كان المال قابلا للاستعمال المشترك، كدار كبيرة يسكنها الشّركاء جميعا، أمّا إذا كان المال غير قابل للاستعمال المشترك، فإنّ للزوجين الإتّفاق مع الشّركاء على تنظيم المال الشّائع فيما بينهم بمقدار حصّة كلّ واحد.

بالإضافة إلى ذلك يمكن لكلّ من الزوجين استغلال أمواله بحريّة، والمقصود بالاستغلال هو استثماره بكلّ طريقة مشروعة⁽¹⁾، على أن تشمل الإستفادة الثّمار النّاتجة عن استغلال أصل المال، وليست استخدام الأصل في حدّ ذاته، فاستغلال كلّ من الزوجين لأمواله الخاصّة يكون بصفة مباشرة أو غير مباشرة؛ فيكون الإستغلال مباشرة إذا قام كلّ من الزوجين بنفسه بجني ثمار ماله الخاص به، كزرع أرضه وجني ثمارها، وقد يكون الإستغلال بصفة غير مباشرة عند قيام الغير بجني ثمار المال الخاص بأحد الزوجين، ودفع مقابل الثّمار للزوج المالك كأن يؤجّر عقارا للغير، كما يملك كلّ من الزوجين الحرية في استغلال أمواله أو عدم فعل ذلك، كمن يملك عقارا ولا يقوم بإيجاره.

هذا ويمكن لكلّ من الزوجين التصرف في أمواله، والمقصود بالتصرف هو استخدام المال بطريقة يتمّ من خلالها أعمال السّلطة المقرّرة على رقبة المال ووجوده، وقد يكون التصرف ماديا أو قانونيا؛ فالمادي يشمل كلّ مايرد على مادة المال كاستهلاك النّقود، وأمّا التصرف القانوني فيؤدّي إلى زوال الحقّ في المال الخاص كبيع المنزل كليّا أو جزئيا، ويمكن أيضا عدم التصرف في المال إلّا إذا كان القانون يفرض ذلك⁽²⁾.

يظهر في هذا الشّأن نظام مالي يخصّ استقلال الذمّة المالية للزوجين، حيث تظهر فكرة الفصل النظري لدمم الزوجين المتعارف عليها في الفقه الإسلامي، الأمر الذي نهل المشرّع الجزائري في نطاق الفقرة الأولى من المادة 37 من قانون الأسرة⁽³⁾، وقد أخذ بهذه الفكرة أيضا المشرّع الفرنسي حيث أجاز للزوجين الاحتفاظ كلّ بدمته المالية المستقلّة، وبأمواله الخاصّة خلال الحياة الزوجيّة، وهوما تضمّنته المادة 1403 من القانون المدني الفرنسي⁽⁴⁾، على أن يكون لكلّ منهما التصرف بحريّة دون إشراك للزوج الآخر وفقا لنصّ المادة

(1) إسحاق إبراهيم منصور. نظريتنا القانون والحق . ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط1، 2001، ص 292.

(2) رعد مقداد محمود الحمداي. النظام المالي للزوجين دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية والتشريعات الفرنسية. ص 58.

(3) العربي بلحاج. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (وفق آخر التّعدّلات ومدعم بأحدث إجهادات المحكمة العليا) أحكام الزّواج . ج 1 ص 322.

(4) voir l'article 1403 du code civil français: "Chaque époux conserve la pleine propriété de ses propre.

La communauté n'a droit qu'aux fruits perçus et non consommés. Mais récompense pourra lui être due, à la dissolution de la communauté, pour les fruits que l'époux a négligé de percevoir ou a consommés frauduleusement, sans qu'aucune recherche, toutefois, soit recevable au-delà des cinq dernières années." Codifié par: Loi 65-570 1965-07-13 (voir: www.legifrance.gouv.fr).

1428⁽¹⁾، مع الأخذ بعين الاعتبار أنّ المشرّع الفرنسي قد أعطى الخيار للزوجين في اختيار النظام المالي الذي يريانه يتلاءم مع احتياجاتهما شريطة أن لا يتعارض اتفاقهما مع النظام العام⁽²⁾، ويتمّ العمل بهذا النظام اتّفاقاً بين الزوجين في نطاق عقد الزواج أو عن طريق القضاء، لاسيما إذا سبق ذلك الالتجاء عن طريق الدّعوى إلى القضاء أو بسبب التّفريق الجسماني وفقاً لأحكام المادة 1443 من القانون المدني الفرنسي⁽³⁾.

فجاءت المواد صريحة في الدّلالة على استثناء كلّ من الزوجين بملكية أمواله الخاصّة به، والمُستقلة عن ملكية الزوج الآخر، دون تدخّل من الزوج الآخر أو الغير، وقد تضمّن التّشريع الفرنسي نظام فصل الأموال الصّرف والبسيط في القانون المدني في المواد 1536 وما يليها، حيث يبقى كلّ واحد من الزوجين مُستقلاً عن الآخر مالياً، فيحافظ كلّ منهما على ثروته الشّخصية من حيث إدارتها وتسييرها والتصرّف فيها، على أن يبقى كلّ منهما مسؤولاً عن ديونه سواء قبل الزواج أو بعده، باستثناء الديون الناشئة جرّاء التكاليف الزوجية وفقاً لما اتّفقا عليه⁽⁴⁾ تطبيقاً لأحكام المادة 214 من القانون المدني الفرنسي⁽⁵⁾.

أمّا بخصوص الأموال الشّائعة التي يتلقّاها أيّ من الزوجين من الأب أو الأم أو أصل آخر فتكون مملوكة ملكية خاصّة لهذا الزوج، إذا كان سبب الشّيوع هو الميراث، وهو ما تضمّنته المادة 1405 من القانون المدني الفرنسي⁽⁶⁾، أمّا إذا كان أحد الزوجين شريكاً في مال شائع مع شركاء آخرين قبل الزواج، فإنّه يبقى كذلك بعد انعقاد الزواج حتى وإن كان الزوج الآخر شريكاً له في هذا المال الشّائع قبل الزواج وبعده، وهو ما تضمّنته المادة 1408 من القانون المدني الفرنسي.

تجدر الإشارة إلى التّفريق بين ملكية الأسرة وبين نظام الاشتراك المالي بين الزوجين، حيث يعتبر الاشتراك نظاماً قانونياً معروفاً في القانون المدني الفرنسي، ينشأ نتيجة مساهمة كلّ من الزوجين بجزء من أموالهما

(1) voir l'article 1428 du code civil français: " Chaque époux a l'administration et la jouissance de ses propres et peut en disposer librement.."Codifié par: Loi 65-570 du 13-07-1965(voir: www.legifrance.gouv.fr).

(2) François Terré; Phillipe Simler. **Les Régimes Matrimoniaux**. éditions Dalloz. paris.france.7ème édition.2015. p 117

(3) Janine Revel . **Les Régimes Matrimoniaux**. éditions Dalloz. paris.france.6ème édition.2012. p 345.

(4) Sylvie Ferre-Andre. **Cours de droit civile**. Master1, année universitaire 2008-2009. p 4.

(5) voir l'article 214 du code civil français: " Si les conventions matrimoniales ne règlent pas la contribution des époux aux charges du mariage, ils y contribuent à proportion de leurs facultés respectives. Si l'un des époux ne remplit pas ses obligations, il peut y être contraint par l'autre dans les formes prévues au code de procédure civile. " Modifié par Loi n°65-570 du 13 juillet 1965 - art. 1 JORF 14 juillet 1965 en vigueur le 1er février 1966 .Créé par Loi 1803-03-17 promulguée le 27 mars 1803 (voir www.legifrance.gouv.fr).

(6) voir l'article 1405 du code civil français: " Restent propres les biens dont les époux avaient la propriété ou la possession au jour de la célébration du mariage, ou qu'ils acquièrent, pendant le mariage, par succession, donation ou legs.

La libéralité peut stipuler que les biens qui en font l'objet appartiendront à la communauté. Les biens tombent en communauté, sauf stipulation contraire, quand la libéralité est faite aux deux époux conjointement.

Les biens abandonnés ou cédés par père, mère ou autre ascendant à l'un des époux, soit pour le remplir de ce qu'il lui doit, soit à la charge de payer les dettes du donateur à des étrangers, restent propres, sauf récompense." Codifié par: Loi 65-570 1965-07-13 (voir: www.legifrance.gouv.fr).

أو كلّها بناء على عقد الزواج، بغرض تحقيق هدف قانوني مُحدّد سلفاً، كاتفاقهما على سداد ديونهما الشخصية من هذا الاشتراك المالي، فهو نظام اختياري وليس إجباري، وينتهي بأي سبب من شأنه إنهاء رابطة الزواج حتى قبل تحقيق الهدف المرجو من إنشائه، بينما تنشأ ملكية الأسرة بناء على اتفاق كتابي بين أعضاء الأسرة الواحدة، الذين توخّدهم القرابة ووحدة العمل أو المصلحة، وتتكوّن ملكية الأسرة إمّا من تركة ورثوها واتّفقوا على جعلها كلّها أو بعضها ملكاً للأسرة، وإمّا من أي مال آخر مملوك لهم اتّفقوا على جعله داخلاً في نطاق هذه الملكية، على أن تدوم هذه الملكية مدّة لا تزيد عن خمس عشرة سنة قابلة للتجديد إذا قبل الشّركاء بذلك⁽¹⁾.

كما أنّ المشرّع الفرنسي إهتمّ بتفاصيل النظام المالي للزوجين في القانون المدني ضمن الأحوال العينية في المواد 1387 إلى 1581، وليس ضمن قانون الأسرة كما هو حال المشرّع الجزائري فيما يخصّ الموارث والهبات، ولقد نصّ القانون رقم 1372/85 المؤرّخ في 23 ديسمبر 1985 على المساواة بين الزوجين في النظام المالي للزّواج وكذا حرّياتهما في التصرف في الأموال⁽²⁾.

على أساس نظام فصل الأموال بين الزوجين يمكن لكلّ منهما إثبات ملكية ثروته الشخصية خلال فترة الزواج أو بعدها بكلّ الوسائل الإثباتية تجاه الزّوج أو الغير، غير أنّه في حال عدم إمكانية الإثبات فالأموال محلّ النزاع تصبح مملوكة على الشّيوخ تقسم بينهما مناصفة⁽³⁾.

إنّ الأموال الخاصة بالزوجين تشمل كلّ ما يمتلكانه قبل الزواج من أموال وأمتعة وملابس شخصية، وكذا التعويض الذي يحصل عليه أحدهما جرّاء الضّرر الذي يصيبه، والديون المترتبة لأحدهما على الغير والأموال التي يحصل عليها كلّ منهما من ميراث أو وصية أو هبة، ويدخل أيضاً في نطاق المال الخاص الحصّة الشّائعة التي يملكها أي من الزوجين في مال شائع مع آخرين⁽⁴⁾.

(1) بسام مجيد سليمان العباي. ملكية الأسرة دراسة مقارنة. دارالحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008، ص 101 و 102.

(2) Andréa bonomi et Marco Steiner. *Les Régimes Matrimoniaux en Droit Comparé Et En Droit International Privé*. Librairie Droz, Genève, 2006. p 126.

(3) العربي بلحاج الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث إجتهادات المحكمة العليا) أحكام الزّواج . ج 1 ص 323.

(4) *voir l'article 1404 du code civil français: " Forment des propres par leur nature, quand même ils auraient été acquis pendant le mariage, les vêtements et linges à l'usage personnel de l'un des époux, les actions en réparation d'un dommage corporel ou moral, les créances et pensions incessibles, et, plus généralement, tous les biens qui ont un caractère personnel et tous les droits exclusivement attachés à la personne.

Forment aussi des propres par leur nature, mais sauf récompense s'il y a lieu, les instruments de travail nécessaires à la profession de l'un des époux, à moins qu'ils ne soient l'accessoire d'un fonds de commerce ou d'une exploitation faisant partie de la communauté." Codifié par: Loi 65-570 1965-07-13 (voir: www.legifrance.gouv.fr).

*voir l'article 1408 du code civil français: " L'acquisition faite, à titre de licitation ou autrement, de portion d'un bien dont l'un des époux était propriétaire par indivis, ne forme point un acquêt, sauf la récompense due à la communauté pour la somme qu'elle a pu fournir." Codifié par: Loi 65-570 1965-07-13 (voir: www.legifrance.gouv.fr).

يُلاحظ أنّ انفصال الذمة المالية للزوجين في الإسلام هو نظام مالي مُغاير للأنظمة القانونية الأخرى، حيث يُبقي كامل السلطات للزوجة للتصرف في أموالها، دون تدخل من الزوج الذي لا يمكنه أن يأخذ من مالها شيئاً بغير رضاها، فتنفصل ملكيتها تماماً عن ملكية الزوج ولا يمكن الخلط بين المالكيتين، كما أنّه ليس بإمكان الرجل أن يطالبها بالإنفاق على نفسها أو عليه، لأنّ ذلك يدخل في صميم مسؤولياته كمسؤول أول عن الأسرة⁽¹⁾.

لقد عمل المشرع الجزائري برأي الشريعة الإسلامية في قانون الأسرة، من حيث إعطاء مُكنة للزوجة في أموالها من خلال ملكيتها لأموالها التي حصلتها قبل الزواج، الأمر الذي ينطبق على الزوج كذلك من خلال المادة 37 في فقرتها الأولى، وتجسّد هذا الأمر أيضاً من خلال المادة 14 التي جعلت الصّدق حقّاً ثابتاً للزوجة تتصرف فيه كيفما شاءت، ويقع على الزوج في المقابل عبء النّفقة الزوجية وفقاً للمادة 74، على أنّ تقصير الزوج في أداء هذه المبالغ يترتّب عليه عقوبات صارمة، تصل إلى حدّ الحبس والغرامة المالية مع إمهاله مدّة شهرين لتدبّر أحواله، وفي حالة استمرار إعساره يمكن لها أن تطلب التّطليق، وقد تكون الزوجة مُكلّفة بالإنفاق إذا ثبت عسر الزوج ويسرها وهو ما تضمّنته المادة 76، كما ويتحمّل الزوج أعباء الحضانة من مصاريف وسكن، وفقاً لما نصّت عليه المادة 72، فيلاحظ مدى كثرة التّكاليف المالية التي يتحمّلها الزوج في مقابل إعفاء الزوجة منها في ظلّ قانون الأسرة الجزائري، الأمر الذي لا ليس له وجود لدى المشرع الفرنسي، الأخذ بفكرة الاشتراك المالي بينهما وضرورة تعاونهما على الإنفاق على سبيل المساواة.

ثالثاً: الديون المستقلّة المستحقّة للزوجين.

بالرجوع إلى الفقرة الأولى من المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري، والمتضمّنة الإشارة إلى استقلال الذمة المالية لكلّ من الزوجين، فذلك يترتّب استقلال دين كلّ واحد منهما عن الآخر، وأيضاً استقلال الوفاء لكلّ منهما، وما يترتّب على ذلك من إمكانية حدوث التّنفيذ الجبري على الأموال الخاصّة لكلّ واحد في حدود أمواله الخاصّة، في حالة عدم الوفاء الاختياري، وعدم امتداد ذلك لأموال الطرف الآخر، وذلك عملاً بأحكام المادّة 188 من القانون المدني الجزائري بنصّها على: "أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه...".

على العكس من المشرع الجزائري الذي لم يُشر ولو ضمناً للديون المستقلّة للزوجين، فإنّ المشرع الفرنسي صرح بذلك، فلقد اعتبر الديون التي كان كلّ من الزوجين ملتزماً بها في يوم حفل الزّفاف، أو التي وجدا نفسيهما مدينين بها عن طريق الإرث أو الهبة، خلال الزواج ديوناً شخصية وهو ما تضمّنته المادة 1410 من القانون المدني الفرنسي⁽²⁾، على أنّ دائني أحد الزوجين المدينين لا يمكنهما تتبّع الحصول على أموالهما إلّا

(1) تيسير فتوح حجة. حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية دراسة مقارنة . ص 100.

(2) voir l'article 1410 du code civil français: "Les dettes dont les époux étaient tenus au jour de la célébration de leur mariage, ou dont se trouvent grevées les successions et libéralités qui leur échoient durant le mariage, leur demeurent personnelles, tant en capitaux qu'en arrérages ou intérêts. "Codifié par: Loi 65-570 1965-07-13 (voir: www.legifrance.gouv.fr).

في حدود الأموال الخاصة للزوج المدين، ومع ذلك يمكن لدائن أحد الزوجين الحجز على الأموال المشتركة لهما، لا سيما إذا كان الأثاث المملوك للمدين والذي اكتسبه بطريق الإرث أو الهبة وتمّ دمجها ضمن الأموال المشتركة وهو ما تضمنته المادة 1411⁽¹⁾.

كما ونصّ كذلك على التزام كلّ منهما في الوفاء بدينه لدى الغير، فيجوز لكلّ من الزوجين الإلتزام فقط في أمواله الخاصة من خلال ضمان أو اقتراض، إلّا إذا تمّ ذلك مع الموافقة الصريحة للزوج الآخر وهو ما تضمنته المادة 1415⁽²⁾.

الفرع الرابع: الإشتراك المالي بين الزوجين.

بالرجوع إلى الفقرة الثانية من نصّ المادة 37 من قانون الأسرة، والتي تضمنت إمكانية تشارك الأموال بين الزوجين حيث نصّت على: "غيرأنّه يجوز للزوجين أن يتّفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، حول الأموال المشتركة بينهما، التي يكتسبانهما خلال الحياة الزوجية وتحديد النّسب التي تؤوّل إلى كل واحد منهما"، يتّضح جلياً إمكانية حدوث خروج عن الأصل العام وهو استقلال الدّمة المالية لكلّ من الزوجين، واتّفاقهما على جعل أموال تخضع لتشاركهما، على أن يشمل ذلك الأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية وتحديد نصيب كلّ منهما في هذه الأموال، من خلال تحديد نسب يتم الاتّفاق عليها سلفاً في عقد الزواج أو في عقد رسمي مستقلّ.

يظهر من خلال هذا النصّ القانوني إمكانية إخضاع الزوجين أموالهما لنظام مالي مشترك، والذي يقصد به "مجموعة القواعد التي تحدّد علاقة كلّ من الزوجين بأمواله، وبأموال الزوج الآخر، وعلاقتهما معا بالأموال المشتركة، والقواعد التي تحدّد علاقة كلّ من الزوجين بالديون المترتبة بذمّته، والديون المترتبة بذمّة الزوج الآخر، وعلاقتهما معا بالديون المستحقّة عليهما معا، وكذلك القواعد التي تحدّد التزام أحد الزوجين بالإنفاق الزوجي لوحده، أو التزام أحدهما بالإنفاق ومُساهمة الآخر في ذلك أو التزامهما معا في الإنفاق"⁽³⁾، فيدخل في نطاق هذا النّظام جميع الأموال التي يكتسبها الزوجان من عملهما أثناء قيام الحياة الزوجية، ولا ينفي ذلك

(1) voir l'article 1411 du code civil français: " Les créanciers de l'un ou de l'autre époux, dans le cas de l'article précédent, ne peuvent poursuivre leur paiement que sur les biens propres et les revenus de leur débiteur.

Ils peuvent, néanmoins, saisir aussi les biens de la communauté quand le mobilier qui appartient à leur débiteur au jour du mariage ou qui lui est échu par succession ou libéralité a été confondu dans le patrimoine commun et ne peut plus être identifié selon les règles de l'article 1402. " Modifié par Loi n°85-1372 du 23 décembre 1985 - art. 10 JORF 26 décembre 1985 en vigueur le 1er juillet 1986 (voir: www.legifrance.gouv.fr).

(2) voir l'article 1415 du code civil français " Chacun des époux ne peut engager que ses biens propres et ses revenus, par un cautionnement ou un emprunt, à moins que ceux-ci n'aient été contractés avec le consentement exprès de l'autre conjoint qui, dans ce cas, n'engage pas ses biens propres." Modifié par Loi n°85-1372 du 23 décembre 1985 - art. 11 JORF 26 décembre 1985 en vigueur le 1er juillet 1986.(voir: www.legifrance.gouv.fr).

(3) رعد مقداد محمود الحمداني.النظام المالي للزوجين دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية والتشريعات الفرنسية. ص. 201.

بقاء الإستقلالية للأموال الخاصة بكل واحد منهما، فيعتبر النظام المالي التشاركي بين الزوجين جملة من القواعد المنظمة للعلاقات المالية بين الزوجين، من خلال تحديد الشروط التي تضمن الحفاظ على الأموال المكتسبة قبل وبعد الزواج مع تبين طرق حل النزاعات الناشئة بهذا الخصوص.

لقد إهتم المشرع الفرنسي بهذا النظام، وأفرد له قواعد جعلت منه نظاما قانونيا ينبنى على فكرة واحدة، تتمثل في وجود مجموع مالي مشترك بين الزوجين، ويخضع لقواعد قانونية معينة، وقد تضمنت المادة 1401 من القانون المدني الفرنسي عناصر الملكية المشتركة، والتي تتألف إيجابيا من المكتسبات الحقيقية من طرف الزوجين، مُنفردين أو مجتمعين خلال الزواج، من خلال صناعتهم الشخصية، وكذا التمويل الحقيقي الناتج من ثمرات وإيرادات أموالهم الخاصة⁽¹⁾.

أولا: نطاق الإشتراك المالي بين الزوجين.

يتميز نظام الإشتراك المالي بين الزوجين بوجود مشاركة من أجل تكوين مجموعة من الأموال المشتركة تكون مُخصصة لتحقيق حاجيات الأسرة، وينتج عن ذلك وجود ديون ذات طابع مشترك، وعلى هذا الأساس فهذا النظام المالي المشترك يتكوّن من جانب إيجابي وجانب سلبي، كما أنه يمكن تمييز الأموال إلى ثلاثة أصناف وتشمل أموال الزوج الخاصة، وأموال الزوجة الخاصة، بالإضافة إلى الأموال المشتركة بينهما⁽²⁾.

بالرجوع إلى نص المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري ولا سيما الفقرة الثانية والمنظمة للنظام المالي التشاركي للزوجين؛ فإنها جاءت عامة من حيث صياغتها ولم تتضمن عناصر الأموال المشتركة بينهما، وبالتالي أعطت الحرية لهما في جعل أصنافها خاضعة للنظام التشاركي، وإخضاع ذلك للإتفاق خلال الحياة الزوجية، سواء تم ذلك في إطار عقد الزواج أو في نطاق عقد مستقل، في توافق يصب في إطار إمكانية الإشتراط العام الذي تضمنته المادة 19 من قانون الأسرة.

على العكس من المشرع الجزائري فإن المشرع الفرنسي قد نظم أصناف الأموال التي يمكن إدراجها ضمن نطاق الشراكة المالية الزوجية التي تضمنتها المادة 1401 من القانون المدني الفرنسي التي تضمنت مُشمّلات الأموال محل الإشتراك الزوجي.

بالإضافة إلى ذلك يدخل في نفس السياق مبالغ التأمين على الحياة، والمقصود بذلك أنه لو أمّن أحد الزوجين على حياته من الموت الطبيعي لصالح الزوج الآخر، فمبلغ التأمين يدخل ضمن الأموال المشتركة إذا تم دفع أقساط الأموال المملوكة بصفة مشتركة للزوجين، وكذلك لو قام أحد الطرفين بالتأمين على حياته

(1) voir l'article 1401 du code civil français "La communauté se compose activement des acquêts faits par les époux ensemble ou séparément durant le mariage, et provenant tant de leur industrie personnelle que des économies faites sur les fruits et revenus de leurs biens propres". Modifié par Loi n°85-1372 du 23 décembre 1985 - art. 8 JORF 26 décembre 1985 en vigueur le 1er juillet 1986. (voir: www.legifrance.gouv.fr).

(2) عمر صلاح الحافظ مهدي العزاوي. الذمة المالية للزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي (دراسة مقارنة). ص 273.

دون تعيين للمستفيد أو التأمين على الحياة من التقاعد المبني لصالح نفسه⁽¹⁾.

إنّ أهم ما يمكن ملاحظته بشأن أصناف الأموال الداخلة في نطاق النظام المالي المشترك للزوجين، أنّها شاملة لما يملكه الطرفان عند الزواج، بالإضافة إلى الأموال المكتسبة خلال العلاقة الزوجية، وبالتالي يخرج من نطاق هذه الطائفة الأموال التي اكتسبها الزوجان وامتلكاها قبل انعقاد الزواج والتي تعدّ أموالاً خاصة لكل واحد منهما.

كما أنّ النظام المالي التشاركي بين الزوجين يأخذ أنماطاً عديدة الأصل فيها بحسب القانون المدني الفرنسي والأصل فيها أن تخضع تلك الأموال للنمط الإئتفاقي (la communauté conventionnelle)، إلا إذا اشترط الزوجان الخضوع لنظام مالي آخر عن طريق إتفاق خاص بينهما يكون في إطار شروط الزواج⁽²⁾، ويمكن على كلّ حال استعراض صور النظام المالي المشترك بين الزوجين على النحو التالي:

1- نظام المساهمة في المكتسبات.

يقوم بالأساس على الفصل المالي بين الزوجين خلال الحياة الزوجية، ويمنح لهما إمكانية تقاسم الأموال التي اكتسبها خلال الزواج عند انحلاله، فيكون لكلّ من الزوجين قيمة نصف الأموال التي اكتسبها الآخر خلال الزواج، وتناولته المشرع الفرنسي في إطار القانون المدني في المواد 1569⁽³⁾ إلى 1581، كما أنّ نظام الإشتراك في الأموال المكتسبة يقصد به كذلك جعل الأموال المكتسبة من الزوجين نتاج عملهما مجتمعين أو منفردين خلال العلاقة الزوجية المشتركة بينهما، وبقاء الأموال الأخرى أموالاً خاصة بكلّ زوج مستقلة عن أموال الزوج الآخر⁽⁴⁾.

فهذا النظام مؤسس على أساس أنّ الذمة المالية للزوجين منفصلة خلال الزواج كما هو الشأن بالنسبة لنظام الفصل بين الأموال، غير أنّ المادة 1569 من القانون المدني الفرنسي تضمّنت مساهمة بالتساوي لقيمة

(1) رعد مقداد محمود الحمداني. النظام المالي للزوجين دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية والتشريعات الفرنسية. ص 65...67.

(2) العربي بلحاج. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث إجهادات المحكمة العليا) أحكام الزواج. ج 1 ص 329.

(3) voir l'article 1569 du code civil français " Quand les époux ont déclaré se marier sous le régime de la participation aux acquêts, chacun d'eux conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels, sans distinguer entre ceux qui lui appartenaient au jour du mariage ou lui sont advenus depuis par succession ou libéralité et ceux qu'il a acquis pendant le mariage à titre onéreux. Pendant la durée du mariage, ce régime fonctionne comme si les époux étaient mariés sous le régime de la séparation de biens.

A la dissolution du régime, chacun des époux a le droit de participer pour moitié en valeur aux acquêts nets constatés dans le patrimoine de l'autre, et mesurés par la double estimation du patrimoine originaire et du patrimoine final. Le droit de participer aux acquêts est incessible tant que le régime matrimonial n'est pas dissous. Si la dissolution survient par la mort d'un époux, ses héritiers ont, sur les acquêts nets faits par l'autre, les mêmes droits que leur auteur." . Codifié par: Loi 65-570 1965-07-13 (voir: www.legifrance.gouv.fr) date du visite du site le 02/10/2014.

(4) خليفة علي الكعبي. نظام الاشتراك المالي بين الزوجين وتكييفه الشرعي. ص 86.

المكتسبات لذمة الطرف الآخر، وباستقلالية كل واحد منهما خلال هذا النظام، فيمكن لكل منهما اقتسام الملكية عند الانحلال بعد تصفية الأملاك⁽¹⁾.

يعتبر هذا النموذج خلال الزواج مرادفا لنظام الفصل التام بين الأموال، وبالتالي تبقى كل الأموال المكتسبة قبل وخلال الزواج ملكا خاصا لكل واحد من الزوجين، فعلى هذا الأساس يبقى كل زوج مسؤولا عن الديون المترتبة عليه بصفة مستقلة عن الزوج الآخر، كما أنه لو اشترى الزوجان أملاكاً معا منقولات أو عقارات فإنها تكون مملوكة لكل منهما بحسب مساهمة كل منهما.

أما بانحلال الزواج عن طريق الوفاة أو الطلاق، فيمكن للزوجين الاستفادة من نصف القيمة الصافية لأصول الممتلكات المكتسبة والمُعترف بها من الطرف الآخر، ويتم قياس هذه المكاسب المنجمّة عن طريق تقدير مزدوج: أ- الممتلكات الأصلية أي التي كانت موجودة يوم الزفاف يضاف إليها الأموال المكتسبة نتيجة الإرث.

ب- الممتلكات على صفحتها النهائية والتي يقصد بها الأصول الموجودة تاريخ انحلال الرابطة الزوجية.

2- نظام الإشتراك المقتصر على المكتسبات.

وهو يسمّى أيضا نظام الاشتراك القانوني، ويعتبر هذا النظام الأكثر تفضيلا لدى الأزواج في أوروبا ولا سيما فرنسا لأنه نظام ينبنى على التضامن بين الزوجين، وعلى هذا الأساس يعتبره المشرعون في أوروبا نظاما قانونيا يجري تطبيقه في صورة ما لم يتفق الزوجان على تبني نظام معين، فيخضعون بصفة إلزامية لهذا النظام⁽²⁾. لقد إهتم المشرع الفرنسي بهذا النظام المالي بين الزوجين وأفرد له نطاقا واسعا من المواد على امتداد القانون المدني باشماله على أكثر من 90 مادة أي من المادة 1400 إلى المادة 1491، والتي عالجت هذا النظام من حيث شروط انعقاده حتى إنهائه وفسخه.

فهذا النظام هو امتداد لفكرة التشاركية بين الزوجين والتي يترتب عليها وجود ثلاثة كتل مالية بينهما، واحدة مشتركة مع بقاء ذمة مالية لكل منهما، ويعتبر هذا التقسيم أساسيا خلال مدة العمل بهذا النظام من أجل تسيير الممتلكات⁽³⁾، ويقوم على أساس بقاء امتلاك كل من الزوجين لأمواله قبل الزواج وأثناءه، وجعل الأموال المكتسبة مملوكة ملكية مشتركة بينهما ابتداء من تاريخ انعقاد الزواج، فكل الأموال المشتركة تتكوّن من المكتسبات المتأتية بعوض، سواء كانت أرباحا أو رواتبا أو ثمارا أو مداخيل من الأموال الشخصية لهما، فكل هذه تدخل في نطاق الأموال المشتركة بينهما، باستثناء المنقولات والعقارات المتحصّل عليها بطريق الوصية والإرث والهبة، وكذا الأموال الشخصية كالملابس وأدوات العمل وكلّ تعويض عن ضرر مادي ومعنوي أو تأمين على الحياة⁽⁴⁾.

(1) Janine Revel . Les Régimes Matrimoniaux. p 362

(2) خليفة علي الكعبي. نظام الاشتراك المالي بين الزوجين وتكييفه الشرعي. ص 91.

(3) Jean Claude Montanier. Les Régimes Matrimoniaux. presse universitaire de grenoble. Grenoble. france. 1992. p 96

(4) خليفة علي الكعبي. المرجع السابق. ص 92 و 93.

3- نظام الإتحاد في الأموال.

يسود هذا النمط سويسرا وقد عالجه المشرع في القانون المدني ضمن المواد من 221 وما بعدها، وأشار المشرع في المادة 195⁽¹⁾ إلى إمكانية التشارك بين الزوجين في تسيير الذمة المالية، فنظام الإتحاد في الأموال هو نظام اتفاقي بين الزوجين بموجب عقد الزواج تماشياً مع نصّ المواد 181، 182 و 184 من القانون المدني السويسري، ويحدّد هذا الاتفاق الآثار المالية بين الزوجين من جهة، وبينهما والغير من جهة أخرى، فهو نظام مالي خليط وفقاً لنصّ المادة 221 من القانون المدني السويسري التي تضمّنت الإشارة إليه، من خلال نصّها على أنّه يشمل الأموال المشتركة بين الزوجين فضلاً عن الأموال الخاصة بكلّ زوج، فهو يحوي بالتالي ثلاث كتل مالية تشمل المال المشترك بينهما ومال كلّ واحد منهما، في حين أنّ نظام المشاركة في المكتسبات يضمّ أربعا (الممتلكات الخاصة لكلّ زوج، وكذا المكتسبات الخاصة بكلّ واحد)، فالممتلكات المشتركة بين الزوجين غير قابلة للانقسام، وينتج عن ذلك الملكية المشتركة لهما للأشياء محلّ الاشتراك عقّاراً كان أو منقولاً، ولا يستطيع أيّ منها أن يستأثر بملكية مستقلة عن الآخر، على أن يستطيع كلاهما تسيير الأموال المشتركة بالطريقة العادية والاستثنائية، ولا يمكن منع أيّ منهما في ممارسة هذا الحقّ، لا من طرف الزوج ولا من القاضي، ويمنح هذا النظام كذلك إمكانية الحياة لكليهما.

أمّا بخصوص الممتلكات الخاصة بكلّ زوج وعوائدها، فيمكن الإتفاق على استثناء بعضها من الملكية المشتركة، وما عدا ذلك فهي تدخل في نطاق الحيّز المشترك بينهما، ويكونان مسؤولان عن الديون المترتبة تجاه الغير بحسب نوع الدين، الذي إذا كان في سبيل الوحدة المالية للزوجين فيتحمّله كلّ منهما، وفي صورة ما كان بسبب مستقلّ عن الطّرف الآخر كان المسؤول عنه ضامناً.

وينقضي هذا النظام بوفاة أحد الزوجين، أو الطّلاق أو بالإنتقال إلى نظام مالي آخر؛ ويسترجع كلّ زوج أملاكه الخاصّة بقوة القانون، وقسمة الأموال المشتركة بينهما وهو ما نظّمته المواد 243 إلى 246، ولا سيما بيت الزوجية إذا كان مُدرجاً ضمن الأملاك المشتركة، والذي يمكن أن يطلب الزوج الباقي على الحياة نقل ملكيته، كما يمكن للزوج المتبقّي على قيد الحياة أو الورثة تقديم طلب للحصول على حقّ الانتفاع أو السّكنى بدلا عن حقّ الملكية، وفي حالة ما انحلّ هذا النظام المالي بطريق غيرالموت، فيمكن لكلّ من الزوجين تقديم طلب للحصول على ملكية أيّ شيء من الأملاك المشتركة، مع تقديم الدّليل على حاجته الملحة لذلك، وانسحاب هذا المفهوم المطبّق على بيت الزوجية لباقي الأشياء محلّ الملكية المشتركة⁽²⁾.

(1) voir l'article 195 du code civil suisse "Lorsqu'un époux confie expressément ou tacitement l'administration de ses biens à son conjoint, les règles du mandat sont applicables, sauf convention contraire.

Les dispositions sur le règlement des dettes entre époux sont réservées." Code civil suisse du 10 décembre 1907 modifié et complété le 1er juillet 2014 p 52: (voir:www.Admin.ch). date du visite du site le 16/10/2014.

(2) Henré Descheaux et autres. **Les Effets Du Mariage**. stampfli editions SA.Berne.suisse. 2ème édition.2009. p 671...734.

4- نظام الكدّ والسّعاية المغربي.

بالموازاة مع الأنظمة الغربية في التنوع بخصوص الأنظمة المالية، فإنّه يجري العمل في المغرب الأقصى بنظام مالي بين الزوجين، يحكمه العرف المحلي، ومع ذلك فقد اهتمّ المشرّع المغربي كذلك بمسألة الذمة المالية للزوجين، من خلال المادة 49 من المدونة المغربية للأحوال الشخصية التي نصّت على: "لكلّ واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر، غير أنّه يجوز لهما في إطار تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام الزوجية، الاتفاق على استثمارها وتوزيعها، يضمن هذا الاتفاق في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج، ويقوم العدلان بإشعار الطرفين عند زواجهما بالأحكام السّالفة الذكر. إذا لم يكن هناك اتفاق فيرجع للقواعد العامة للإثبات، مع مراعاة عمل كل واحد من الزوجين وما قدّمه من مجهودات وما تحمّله من أعباء لتنمية أموال الأسرة".

فقد جاءت هذه المادة لتثبّت فكرة أحقية المرأة في مالها من منقولات وعقارات، وهو ما يتيح لها التصرف فيها كما تشاء، دون تدخل من الزوج الذي لا يمكنه أن يملك أيّا من أموالها أو يتصرف فيها إلاّ بإجازة منها. غير أنّه ورغبة من المشرّع المغربي في بعث التعاون داخل الأسرة بين الزوجين؛ كلّ من موقعه، فقد تضمّنت المادة إمكانية أن يتفق الطرفان في عقد مستقلّ على تدبير الأموال المكتسبة بعد الزواج، في نطاق اتفاق اختياري يدخل في إطار مبدأ سلطان الإرادة، وتحديد نصيب كلّ واحد منهما في الأموال المكتسبة بعد الزواج.

وفي صورة ما حدث تنازع بينهما حول تدبير الأموال ويدّعي أحدهما حقّاً له على ما اكتسبه الآخر خلال فترة الزواج، ويمكن لكلّ منهما إثبات مساهمته في تنمية أموال الآخر، وتطبّق في هذه الحالة القواعد العامة للإثبات، على أن تنحصر المسألة في الأموال محلّ النزاع خلال فترة الزواج، والتّقدير ليس بمعنى التّوزيع مناصفة بل بقدر المجهود المبذول من طرف كلّ طرف، وأثر ذلك في نماء الأموال وما تمّ اكتسابه، وذلك يدخل في صلب عمل المحكمة، لا سيما أنّ ذلك يطرح إشكالا عند الانفصال، حيث أجاز لهما المشرّع الاتفاق على كيفية الاستثمار والتّوزيع في عقد مستقلّ عن عقد الزواج، وتمّ في هذا الشأن تفويض العدلين إلى تنبيههما إلى الاتفاق على تدبير ما اكتسباه خلال الحياة الزوجية وتوثيقه في عقد مستقلّ، ولا سيما إذا ساهمت المرأة بقسط وافر في استثمار ونماء هذه الأموال وبعد الانفصال قد يستأثر الزوج بكلّ هاته الأموال أو العكس، وعلى هذا الأساس ظهرت فكرة اقتسام الثروة في العديد من التّشريعات، ولا سيما المغرب الذي يعمل فيه عرفاً بما يستحقّ الكدّ والسّعاية⁽¹⁾.

(1) الكدّ في اللّغة من الفعل كدّ في اللّغة الفرنسية (Fatigue) والانجليزية (overwork). (أنظر: روجي البعلبكي. المورد قاموس عربي- إنكليزي. دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ط7، 1995. ص889)، بمعنى اشتدّ في العمل، وألحّ في محاولة الشّيء، وطلب الرّزق، وفلّنا ألحّ عليه فيما يكلفه من العمل إلحاحاً يُرهقه. (أنظر: إبراهيم مصطفى وآخرون. المعجم الوسيط. ص779)، والكدّ هو الشدّة في العمل. (الرازي. مختار الصحاح. ص320)، فيرتبط معنى الكدّ بالشدّة والإلحاح والطلب. (أنظر: الفيروزآبادي. القاموس المحيط. ص1400).

إنَّ حقَّ الكدِّ والسَّعاية⁽¹⁾ مفهوم معروف في المغرب⁽²⁾ كطريقة تُثَمِّن سعي أحد أطراف العلاقة الزوجية في الإسهام وتنمية الذمة المالية للزوجين، ويمكن تعريفه على أنه: "حقَّ شخصي، يقوم على أساس مساهمة السَّعاة في إطار شركة عرفية على تنمية الثروة الأسرية أو تكوينها، مقابل استحقاقهم جزء من المُستفاد، يتناسب وقدر مُساهماتهم حين إجراء القسمة، وكلَّ ذلك يتم وفق مقتضيات العرف المحلي وقواعده"⁽³⁾.

فهذا التعريف يجعل من الكدِّ والسَّعاية حقًا شخصيًا أي يرتب التزامًا لشخص تجاه آخر، وبالتالي قيام رابطة قانونية بين المدين والدائن، وتعبير أدقَّ يكون السَّعاة دائنين، والطرف الآخر مدينًا، وبقياس ذلك على العلاقة بين الزوجين قد تكون الزوجة دائنة لزوجها، إذا أسهمت في تنمية ماله في إطار شراكة بينهما أو العكس.

كما أنَّ ذلك يقتضي وجود سُعاة وهم بدون تمييز بين صغير أو كبير، ذكر أو أنثى، يُسهمون في تكوين الثروة المالية للأسرة على أن يكونوا أفرادًا من الأسرة، وقد ساهموا في خلق الأموال أو تنميتهما، ولذلك فالشخص الأجنبي لا يدخل في نطاق الكدِّ والسَّعاية المقصودة بالتعريف حتى لو كدَّ وسعى، ويخضع للقواعد العامة إذا أثبت سعيه.

ويخضع هذا التعامل لشركة عرفية بمعنى تضبطها القواعد العرفية من حيث إنشائها، تنظيمها، إثباتها وقسمتها، ويظهر جهد السَّعاة في زيادة رأس المال وتنميته كمًا وكيفًا، أو أن يؤدي جهد السَّعاة إلى خلق رأس مال للأسرة لم يكن من قبل، على أن ينال السَّعاة نصيبًا ممَّا أسهموا به في زيادة رأس المال، وفي حالة عدم الزيادة لا ينالون شيئًا.

ويستند حقَّ الكدِّ والسَّعاية إلى قواعد عرفية تسيّره، وهو ما جعله يكون مثار الجدل حول اعتباره عُرفًا فاسدًا، على اعتبار أنه مُخالف للشرع لاسيما وأنَّه كان سائدًا في بعض المناطق البربرية في المغرب التي تعتدَّ ببعض العادات المُلغاة بموجب مدونة الأحوال الشخصية، لكن الأمر ليس بهذا التحجيم خاصة عند الادعاء بأنَّ المرأة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها لها نصف ماله، أو الأملاك التي اقتناها الزوج خلال الفترة الزوجية، وهو الأمر الذي يتناقض مع قواعد الميراث الثابتة، وهو في الحقيقة شيء غير منطقي ويخرق قواعد الإرث.

بل إنَّ مشروعية الكدِّ والسَّعاية مبنية على العُرف من جهة، ولا سبيل لنفي المشروعية عنه لمخالفته عُرفًا آخر، والقاضي بأنَّ المرأة والأولاد لا يمكن أن يتشاحوا مع ربِّ الأسرة في خدمة الزرع وغيره من الأموال، ولا يمكن لهم المطالبة بعوض ذلك حيث أصبح ذلك عندهم من قبيل الخدمة اللازمة، لكن هذه الفتوى

(1) السَّعاية في اللغة من الفعل سَعَى يسعى سعيًا، وهي في اللغة الفرنسية (Calumniation)، والانجليزية (Slander)، (أنظر: روجي البعلبكي، المورد قاموس عربي- إنكليزي، ص 633)، بمعنى كسب. (أنظر: الفيروزآبادي، القاموس المحيط، ص 775). وبإشراف عمل الصَّدقات، أي تصرف في أي عمل كان، وسعى إليه بمعنى قصد ومشى، ولعياله وعليهم عمل لهم وكسب، وسعى إلى الصلاة أي ذهب إليها بأي وجه كان، وسعى بين الصفا والمروة أي تردَّد بينهما. (أنظر: إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، ص 431).

(2) عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الأسرة، ج 1 ص 140...144.

(3) عمر المزكدي، حقَّ الكدِّ والسَّعاية محاولة في التأسيس، بحث في إطار دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادال، الرباط، المغرب، 2005-2006، ص 56 و 57.

تتعلق بجزء معين من المال، وهو الزرع أو الثمار والذي أسهمت فيه المرأة بجهد من خلال الزرع، والسقي، والخدمة والحصاد والجمع.

ويُفهم من خلال بعض الاجتهادات القضائية أنها قصرت أعمال الكدّ والسّعاية على المرأة البدوية دون الحضريّة، وبعدها انسحب تطبيقه ليشمل حتى المرأة الحضرية على أساس المساواة بينهما، ولذلك جرى التوجّه القضائي إلى أنّ مُقابل السّعاية هو حقّ لكلّ امرأة بصرف النظر عن صفتها بدويّة أو حضريّة، شرط أن تبذل الجهد وتُسهم في تنمية الثروة، وتُقيم الدّليل على ذلك، فالمعيار إذن في استحقاقه هو الكدّ والاجتهاد⁽¹⁾.

كما أنّ الجهد محلّ البذل الذي بموجبه تُطالب المرأة بحقّها في الكدّ والسّعاية يشمل العمل البدائي أي الفلاحي وكذا الأعمال التي تساعد زوجها، ولا سيما الصّناعية والتّجارية والمهنيّة وغيرها، وعلى هذا يمكن القول بأنّ العبرة بالجهد المبذول من قبلها وليس بطبيعة العمل ونوعيته.

ولإثبات حقّ الكدّ والسّعاية باعتباره عُرفاً محلّياً يكون ذلك منصّباً على الواقعة التي أنشأته، وللقاضي من خلال مهامّه إثبات ذلك ولا يقع على المتقاضين ذلك، فما دام العُرف قانوناً فوظيفة القاضي تقتضي منه العلم المُسبق به، وإن كان ذلك يعدّ صعباً عمليّاً، خلافاً للعادة الاتّفاقيّة التي يجب على المتقاضين إثباتها، وهو ما أكّدته الممارسة القضائية من ضرورة تطبيق مقتضيات حقّ الكدّ والسّعاية حسب العُرف السائد في منطقة بسوس⁽²⁾.

وباعتباراً أنّ الكدّ والسّعاية واقعة ماديّة، فإنّ إثباتها يكون بجميع الوسائل الإثباتيّة لا سيما شهادة الشّهود من خلال إحضارهم والاستماع إليهم، حيث يُعدّ ذلك من أهمّ الطّرق المُستعملة والشّائعة في إثبات السّعاية، في ظلّ أنّ استحضار الدّليل الكتابي يكاد يكون منعماً بسبب العلاقة الخاصّة التي تربط بين السّعاة، والتي تدفعهم لعدم الكتابة لاعتبارات أخلاقيّة وثقافيّة، فضلاً على اعتماد الوسائل الأخرى للإثبات ولا سيما الإقرار واليمين والقرائن.

فشهادة الشّهود إمّا أن تكون في صورة شهود أمام المحكمة، وإمّا في شكل شهادة اللّيف⁽³⁾، على أن لا تحمل هذه الشّهادات تناقضات وإلاّ رُدّت، ويبقى تقدير مدى حجّيّة الشّهادة خاضعاً للسلطة التقديرية للقاضي.

بالإضافة إلى الاعتماد على يمين الإنكار في حال ما عجز مدّعي السّعاية في إثبات سعائته، فليس أمامه سوى أعمال مقتضيات يمين الإنكار وارتجاء نكول خصمه، وبالتالي تُعتبر وسيلة فعّالة في الإثبات.

(1) عبد اللطيف الأنصاري، مفهوم السّعاية ونطاق تطبيق أحكامها بين الفقه المالكي والقضاء المغربي، مداخله الذكرى الخمسينية لتأسيس المجلس الأعلى- مكناس 2007. (أنظر الرابط الإلكتروني : http://modawanat-elosra.blogspot.com/2014/05/2007_21.html). تاريخ الزيارة 15 02 2017 الساعة 00.36.

(2) عمر المزكودي. حقّ الكدّ والسّعاية محاولة في التّأصيل. ص 190.

(3) المقصود بشهادة اللّيف هي الوثيقة التي تتضمن شهادة عدد من الناس غير مزكّين أو معروفين بالعدالة أو منتصبين للشّهادة، ويتمّ اعتمادها في كلّ ما لم يوجب القانون إثباته بوسيلة معيّنة. (أنظر: عمر المزكودي. حقّ الكدّ والسّعاية محاولة في التّأصيل. ص 194).

كما يمكن العمل بالإقرار الذي هو اعتراف شخص بحق عليه للآخر، قصد ترتيب حقّ بذمته وإعفاءه من الإثبات، ويكون أمام القضاء أو أمام جماعة عدول، ويكون ذلك في وثيقة عدلية توضّح مضمون الإقرار. ويمكن أيضا الاعتماد على القرائن القضائية كسبيل لإثبات السّعاية، من خلال دراسة القاضي لملف القضية باعتماده على مجموعة عناصر مبنية على الوقائع ودفعات طرفي الخصومة. فمن يدعي حقّ السّعاية يلجأ للقضاء برفع دعوى الكدّ والسّعاية التي يراعى فيها الشّروط العامّة في الدّعوى من صفة، مصلحة، وأهليّة التّقاضي.

فلا تثبت السّعاية إلّا للسّاعي أوالسّاعية، وأن يكون السّاعي مُنحدرا من المنطقة التي ينبثق منها هذا العرف، حيث أنّ الاستجابة لطلب السّعاة في حقهم المشتمل على الكدّ والسّعاية منوطة بالانتماء إلى المناطق البربرية، وهو ما يعدّ إجحافا، كما أنّ هذا الحقّ ليس مُقتصرًا فقط على أحد الزّوجين، بل يمتدّ ليشمل أيّ فرد من أفراد الأسرة إذا أثبت مساهمته في خلق أو إنماء المال الأسري.

بالإضافة إلى شرط المصلحة، والتي تتمحور في دعوى الكدّ والسّعاية حول حصول السّاعي على نصيب ممّا أسهم به في أموال أسرته، فضلا على أنّه يمكن رفع دعواه إلى المحكمة المختصة طلبا لسّاعيته، بصرف النظر إذا كان راشدا أو قاصرا، وأن يُقيم الحجّة على ادّعائه مُثبتا سّاعيته أمام محكمة قضاء الأسرة المختصة مكانيا ونوعيا، ويمكن أن ينصبّ الحكم لصالح المدّعي بالسّعاية حول التّعويض التقدي أو العيني⁽¹⁾. كما أنّ العرف الذي يقيّم نصيب السّاعي بسهم معيّن، لا يكون جزافيا أو لا يقوم على أساس تقدير وتقويم، بل يكون قائما على التّجربة والمُمارسة، التي توجب حقّا للسّاعي إذا ثبت حقيقة إسهامه في الكدّ، ويُمكن للقاضي الاستعانة بعامل السنّ، ومُراعاة مدّة المُساهمة التي قضاها السّاعي، بما في ذلك الزّوجة من تاريخ التحاقها ببيت الزوجيّة ومباشرتها الخدمة، لغاية انتهاء الخدمة، كما يُؤخذ بعين الاعتبار عدد السّعاة الذين قد يتعدّدون ويُطالب البعض منهم بحقه في السّعاية، فعلى القاضي أو من يتولّى القسمة الأخذ بعين الاعتبار مسألة تعدّد السّعاة، فضلا عن مُراعاة المؤهّلات الحرفية والبدنيّة للسّعاة، فنصيب المؤهل صاحب المهارة ليس كمن ليس كذلك، كما أنّ نصيب الأقوى بدنياً أزيد من نصيب الضّعيف، وتبقى مسألة التّقدير من الأمور الواقعيّة التي تخضع للسلطة التقديرية للقضاة ولا رقابة للمجلس الأعلى عليها⁽²⁾.

5- نظام الاشتراك التّونسي في الأملاك بين الزّوجين.

أشارالمشرّع التّونسي إلى عدم قدرة الزّوج مُمارسة الولاية على أموال زوجته، وهو ما تضمّنته المجلّة من خلال نص الفصل 23، فجعل القانون التّونسي المرأة مستقلّة ماليا تماما عن زوجها⁽³⁾. كما أنّ المشرّع التّونسي قد أفرد قانونا خاصّا بنظام الاشتراك في الأموال بين الزّوجين⁽⁴⁾ والذي هو نظام

(1) أمينة رضوان، حقّ الكدّ والسّعاية في القانون المغربي، الجزء الثاني. (أنظر: <http://www.arpoets.com>).

(2) عمر المزكودي. حقّ الكدّ والسّعاية محاولة في التّأصيل. ص 207.

(3) أحمد نصرالجندي. الأحوال الشّخصية في القانون التّونسي. ص 40.

(4) القانون التونسي عدل رقم 1998/94 المتضمّن نظام الاشتراك في الأملاك بين الزّوجين، الصّادر بتاريخ 09 نوفمبر 1998.

اختياري، يمكن للزوجين اختياره عند إبرام عقد الزواج أو في وقت لاحق، ويهدف لجعل عقاراً أو جملة من العقارات ملكاً مشتركاً بين الزوجين متى كانت من متعلقات العائلة، ولا يعني اختيار هذا النظام مخالفة قواعد الإرث، ولا يمكن اعتبار المهر من مشتملات هذا النظام، ويرتبط اختيار الزوج القاصر لنظام الاشتراك في الأموال على موافقة الولي والأم، وإن حدث امتناع منهما وتمسك القاصر به رفع الأمر للقضاء.

ويندرج في نطاق الملكية المشتركة العقارات المكتسبة بعد الزواج أو بعد إبرام عقد الاشتراك، شريطة أن يتم استعمالها لمصلحة العائلة، وينطبق الأمر ذاته على توابع تلك العقارات وغلتها مهما كانت طبيعتها، ويُستثنى من ذلك العقارات ذات الاستعمال المهني البحت، ويكون الاتفاق على إدراج العقارات محل التشارك بداية من عقد الزواج أو عقد الاشتراك شاملاً كل العقارات أو تحديدها بتلك التي تم اكتسابها بعد عقد الزواج.

وإذا استعمل أحد الزوجين أموالاً مشتركة لتحسين العقار الخاص به أو للزيادة فيه، أصبح العقار مشتركاً بحكم القانون إذا تساوت قيمة الزيادة مع القيمة الأصلية للعقار عند قيام نظام الاشتراك، أما إذا كانت قيمة الزيادة أقلّ فالعقار يبقى خاصاً بصاحبه، ويبقى المالك مديناً بما أخذ، وتنصرف الشراكة إلى الديون والأعباء المترتبة على اكتساب ملكية المشترك أو إدارته، وكذلك الديون المرتبطة بملكية العقار.

وينقضي هذا النظام بوفاة أحد الزوجين، أو بالطلاق، أو بفقدان أحدهما، أو بتفريق أموالهما قضائياً بالاتفاق، وتظل حالة الاشتراك قائمة حتى تتم تصفية الأملاك المشتركة، وللزوج أن يطلب من المحكمة إنهاء الاشتراك إذا تصرف الزوج الآخر في الأملاك المشتركة بشكل يعرض مصالح قرينه أو العائلة للتلف، ويمكن للطرفين الاتفاق على تغيير نمط الاشتراك بينهما بعد مضي عامين من إقامة هذا النظام التشاركي، ويُحرر ذلك في حجة رسمية، كما أنه لا يمكن لدائني أحد الزوجين طلب إنهاء الاشتراك، غير أنه إذا طالب أحد الزوجين بدعوى لقسمة المشترك أمكن للدائنين التدخل للمطالبة بحقوقهم.

وتقع قسمة المشترك بينهما مُناصفة بين الزوجين، بعد سداد الديون أو تأمين ما يلزم لسدادها، وإذا تعذرت القسمة عينا اجتهدت المحكمة إلى إسناده لأحد الزوجين أو ورثته مع مراعاة وضعهم، على أن يدفع من أسند له المشترك تعويضاً نقدياً، أو تلجأ المحكمة إلى تصفيته للبيع.

ثانياً: محاولة المشرع الجزائري مقارنة الأنظمة المالية للزوجين.

بالرجوع إلى المشرع الجزائري، فإن فكرة التشارك المالي بين الزوجين تقتضي ضرورة الخضوع لتفاهات بينية يتولى كل من الزوجين احترامها، دفعاً لأي نزاع قد ينشأ بينهما لا سيما في ظل القصور الذي شاب النص التشريعي للمادة 37 من قانون الأسرة الجزائري، فالزوجة تبدأ حياتها الزوجية بنصيب من المال يتجلى في الصداق الذي دفعه الزوج لها، بالإضافة إلى الجهاز الذي اشترته بمالها ومساعدات أهلها، وكذا أموالها الخاصة التي امتلكتها قبل الزواج، ولا سيما إذا كانت عاملة وإسهامها في الإنفاق مع الرجل، الأمر الذي يرتب لا محالة اختلاط أموالهما وتعدّد بذلك أموالاً تخضع عملياً للملكية المشتركة بين الزوجين.

كما قد يُقدم الزّوجان أيضا على الاستثمار في مشروع معيّن وتنمية الأموال المشتركة بينهما، بغية تحسين ظروف الأسرة الحياتية، من خلال التّعاون على شراء منزل أو سيارة وغير ذلك، فالصّداق، والجهاز، والرواتب، والإيرادات الشّخصية المكتسبة من ممارسة مهنة أو حرفة، وكذا الأمتعة المثبتة ملكيتها بفواتير، فكلّ هذه الأموال يمكن إثباتها بسهولة، أمّا الأموال الغير مُثبتة الملكية كما هو حال الأموال المشتركة والمختلطة، هي التي غالبا ما تكون محلّ نزاع قد ينتج عنه فكّ أو اضرار العلاقة الزوجية⁽¹⁾.

إنّ من أهمّ ما يؤخذ على المشرّع الجزائري بشأن تأطير النظام المالي بين الزّوجين، أنّ المادة الوحيدة في قانون الأسرة جاءت منقوصة وعامة، ولا تفي بالغرض المنوط بها، لا سيما تنظيم الأموال المشتركة بينهما، وترك الأمر للاتّفاق بينهما، والذي غالبا ما يصل إلى اللاتّفاق خصوصا عندما يتعلّق الأمر بالمال.

فمن خلال فحص المنظومة القانونية الجزائرية، لا يمكن إيجاد مواد قانونية صريحة من شأنها نزع فتيل التّزاع الذي يمكن أن يستعر في أيّ ظرف من الظروف، خاصّة إذا ما شاب العلاقة الزوجية خلاف بسيط فيعمد أحد الطّرفين في ظلّ الغضب إلى تمديد بؤرة التّزاع إلى المشاريع المشتركة، ولا سيما النظام المالي بينهما، وبالتالي إمكانية الوصول إلى الانفصال.

بالرجوع إلى القانون المدني الجزائري لا يمكن إيجاد مادة صريحة بشأن تبين سبل حلّ للتّزاع بين الزّوجين، على أنّ النّصوص جاءت متضمّنة للملكية المشتركة لأفراد الأسرة، لاسيما المادة 738 التي نصّت على: "لأعضاء الأسرة الواحدة الذين تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة أن يتّفقوا كتابة على إنشاء ملكية للأسرة. وتتكوّن هذه الملكية إمّا من تركة ورثوها واتّفقوا على جعلها كلّها أو بعضها ملكا للأسرة وإمّا من أي مال آخر لهم"، فواضح أنّ هذه المادة نصّت على الأموال التي يمكن أن تكون محلاّ للتّشارك الأسري، لا سيما إذا اتّفق أعضاء الأسرة الواحدة على هدف أو عمل موحد، على أن ذلك يقتضي شكلية معيّنة تتجلّى في إخضاع هذا التصرف للكتابة، كما هو الحال بالنّسبة لعقد الشّركة الذي يعدّ عقدا شكليا، كما أنّ الإ اتفاق المكتوب يشمل كلّ الأموال أو بعضها التي تعتبر محلاّ لهذا النظام التّشاركي.

كما أنّ المشرّع منع القسمة مادامت الملكية قائمة، وربط تصرف أحد أفراد الأسرة للأجانب عن الأسرة بضرورة الحصول على موافقة كلّ الشّركاء المؤسّسين لملكية الأسرة، هذا وعمد المشرّع إلى حماية ملكية الأسرة، من خلال التشدّد في منع الشّخص الأجنبي الذي تملك حقّ أحد الشّركاء في ملكية الأسرة، سواء برضاه أو بالجبر من أن يكون شريكا في ملكية الأسرة إلّا إذا نال رضا باقي الشّركاء، وهذا ما فصلته المادة 740 بنصّها على: "ليس للشّركاء أن يطلبوا القسمة مادامت ملكية الأسرة قائمة، ولا يجوز لأيّ شريك أن يتصرف في نصيبه لأجنبي عن الأسرة إلّا بموافقة الشّركاء جميعا. وإذا تملك أجنبي عن الأسرة حصّة أحد الشّركاء برضاء هذا الشّريك أو جبرا عليه، فلا يكون الأجنبي شريكا في ملكية الأسرة إلّا برضاء باقي الشّركاء".

(1) العربي بلحاج. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث إجهادات المحكمة العليا) أحكام الزّواج. ج 1 ص 330.

فواضح أنّ المشرّع الجزائري قد عالج مسألة الأموال التي تكون محلاً للملكية الأسرية، بينما لم ينظّم مسألة النّظام المالي بين الزوجين، وهما نظامان مُتباينان من حيث الطّبيعة القانونية والآثار المترتبة عن كليهما، وعلى كلّ يمكن تحديد نطاق الملكية المشتركة في الإطار العام الذي تضمّنها القانون المدني ولا سيما المادة 749 التي نصّت على: "لكلّ شريك في الملكية الحقّ في أن يتمتّع بالأجزاء الخاصّة التابعة لحصّته، كما له أن يستعمل وينتفع بحرية بالأجزاء الخاصّة والمُشتركة، بشرط أن لا يمس بحقوق الشّركاء الآخرين في الملكية أو يلحق ضرراً بما أعدّ له العقار".

ثالثاً: سلطات الزوجين على الأموال المشتركة.

إنّ من مقتضيات المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري ولا سيما الفقرة الثانية، أنّ للزوجين سلطة متساوية على الأموال الدّاخلية في نطاق النّظام المالي للزوجين، ويبقى ذلك عامّاً وغامضاً ويحتل الكثير من التّأويل، خاصّة في ظلّ عدم رسم المشرّع الحدود لكلّ منهما في مباشرة سلطته على الأموال محلّ المشروع المالي التّشاركي بينهما، الأمر الذي هو مثار العديد من التّزايدات، كما أنّ المشرّع الجزائري لم يورد أيضاً الاستثناءات الواجب مراعاتها أثناء ممارسة كلّ من الزوجين سلطته على الأموال المشتركة.

بالرجوع إلى المشرّع الفرنسي فإنّه قيّد السّلطة الممنوحة لكلّ من الزوجين ورَتّب آثاراً قانونية، حيث تضمّنت المادة 1421 من القانون المدني الفرنسي⁽¹⁾ إمكانية انتفاع الزوجين بالأموال المملوكة ملكية مشتركة بينهما، بما يهدف لتحقيق مصلحة الأسرة ويليّ احتياجاتها، كما يمكن إدارة الملكية المشتركة بطريقة مُنفردة من طرف أحد الزوجين، من خلال إيجار الأموال المشتركة بينهما، بالإضافة إلى استيفاء مبالغ الأموال الدّاخلية في نطاق الملكية المشتركة، كمنتجات الصّناعة الشّخصية والكسب والزّواتب وبدائل الزّواتب وإيرادات الممتلكات الخاصّة ومبالغ التّأمين على الحياة⁽²⁾.

على أنّ إدارة أحد الزوجين لهذه الأموال تجعله مسؤولاً عن الأخطاء المرتكبة خلال ممارسة هذه المهمّة، كما أنّ التّصرّفات الواقعة من أحد الزوجين دون غشّ تكون محلاً للاعتراض من طرف الزّوج الآخر، وللزّوج المُمارس لمهنة مُنفصلة أن يباشر التّصرّفات الضّرورية لإدارة شؤون هذه المهنة.

على هذا الأساس يمكن لأحد الزوجين مباشرة الدّعاوى القانونية الخاصّة بالأموال المشتركة، باعتباره مدّعياً أو مدّعى عليه، كما يمكن لأحدهما التّصويت أو الموافقة على كلّ ما من شأنه العودة بالفائدة على

(1) voir l'article 1421 du code civil français "Chacun des époux a le pouvoir d'administrer seul les biens communs et d'en disposer, sauf à répondre des fautes qu'il aurait commises dans sa gestion. Les actes accomplis sans fraude par un conjoint sont opposables à l'autre.

L'époux qui exerce une profession séparée a seul le pouvoir d'accomplir les actes d'administration et de disposition nécessaires à celle-ci..." Modifié par Loi n°85-1372 du 23 décembre 1985 - art. 13 JORF 26 décembre 1985 en vigueur le 1er juillet 1986 . (voir:www.legifrance.gouv.fr). date du visite du site le 06/11/2014.

(2) رعد مقداد محمود الحمداني.النظام المالي للزوجين دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية والتشريعات الفرنسية.ص 68.

الملكية المشتركة مكان الزوج الآخر في ظلّ غيابه، زيادة على إمكانية قبول أحدهما الهبات والهدايا المقدّمة لهما والدّاخلّة في إطار الأموال المشتركة.

غير أنّ المشرّع الفرنسي أجاز للزوجين تعديل تلك القواعد، من خلال إدراج بند الإدارة المشتركة وذلك بموجب المادة 1503 من القانون المدني⁽¹⁾؛ حيث يتفقان على إدارة المال المشترك، وعلى هذا الأساس لا يمكن الإعتداد بصحّة الإدارة والتصرّف في المال المشترك مالم يحدث توافق بينهما، ويكون بذلك تضامناً للالتزامات متحقّقاً بقوة القانون⁽²⁾.

جدير بالذكر أنّ الشريعة الإسلامية قد أنصفت المتشاركين من حيث إدارة المال محلّ الشراكة، "فلا يمكن لأحد الشريكين أن يبضع أو يقارض وأن يودع إذا دعت إلى ذلك ضرورة، ولا يجوز له أن يهب شيئاً من مال الشركة، ولا أن يتصرّف فيه إلّا تصرّفاً يرى أنّه نظر لهما. فأما من قصر في شيء أو تعدّي فهو ضامن..."⁽³⁾، فلفظ الشركة يغني عن إذن صريح في التصرّف، على أن ينفذ تصرّف كلّ منهما في المال محلّ التشارك بحكم الملك في نصيبه وكذا الوكالة في نصيب الشريك⁽⁴⁾، فحتى وإن كانت الوكالة صريحة فالشريك يتصرّف وفقاً لهذه الوكالة وفق نطاق مقيد بالوكالة، "فلا يحلّ للوكيل تعدّي ما أمره به موكله فإن فعل لم ينفذ فعله فإن فات ضمن لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ﴾"⁽⁵⁾، وفعل الوكيل نافذا فيما أمر به الموكل⁽⁶⁾.

لقد حرص الفقهاء من خلال سنّهم لقواعد مالية حرصاً على صيانة المال وحفظه من الضياع، وإعطاء كلّ ذي حقّ حقه وهو الأمر الذي يمكن تطبيقه على نظام الإشتراك المالي بين الزوجين⁽⁷⁾.

إذن فتصرّف الزوجين في أموالهما المشتركة ليس مطلقاً، من خلال تقييد المشرّع الفرنسي ذلك في المواد 1422 إلى 1425 من القانون المدني، وكاستثناءات واردة على المادة 1421 التي تعتبر الإطار العام لسلطة الزوجين، للتصرّف الفردي في الأموال المشتركة، فوفقاً للمادة 1422⁽⁸⁾ لا يمكن لأحد الزوجين أن ينفرد

(1) voir l'article 1503 du code civil français " Les époux peuvent convenir qu'ils administreront conjointement la communauté. En ce cas les actes d'administration et de disposition des biens communs sont faits sous la signature conjointe des deux époux et ils emportent de plein droit solidarité des obligations. Les actes conservatoires peuvent être faits séparément par chaque époux Modifié par Loi n°85-1372 du 23 décembre 1985 - art. 30 JORF 26 décembre 1985 en vigueur le 1er juillet 1986 (voir: www.legifrance.gouv.fr). date du visite du site le 06/11/2014.

(2) عمر صلاح الحافظ مهدي العزاوي. الذمة المالية للزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي (دراسة مقارنة). ص 279.

(3) ابن رشد. شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد. ج 4 ص 1871.

(4) الحجّاي. الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل. ج 2 ص 253.

(5) سورة البقرة. الآية 190.

(6) ابن حزم. المحلى. ج 8 ص 245.

(7) خليفة علي الكعبي. نظام الاشتراك المالي بين الزوجين وتكييفه الشرعي. ص 213.

(8) voir l'article 1422 du code civil français " Les époux ne peuvent, l'un sans l'autre, disposer entre vifs, à titre gratuit, des biens de la communauté. Ils ne peuvent non plus, l'un sans l'autre, affecter l'un de ces biens à la garantie de la dette d'un

بالتصرف وبدون موافقة الزوج الآخر في الأموال المشتركة بالهبة، في عنصر من عناصر الملكية المشتركة المتأثية من الكسب والراتب الشخصي أو من إيرادات الأموال الخاصة، كما لا يمكن لأي منهما التصرف في مبلغ التأمين المختلط على الحياة على سبيل الهبة، لأن هذا التأمين إنما تم إبرامه من طرف الزوجين معا لفائدة العائلة، فكل من الزوجين قد صرح بأن الزوج الآخر هو المستفيد، وبالتالي لا يجوز لأحدهما أن يبدل تسمية المستفيد من التأمين، كما أن موافقة أحد الزوجين على تصرف الزوج الآخر بالهبة في الأموال المشتركة ينبغي أن تكون صريحة، على أن ذلك قد يكون في إطار تفويضي من طرف أحدهما للآخر للتصرف في الأموال المشتركة عن طريق الهبة⁽¹⁾.

كما حدّ المشرع الفرنسي في المادة 1423 من القانون المدني⁽²⁾ من أثر وصية أحد الزوجين التي تتجاوز حصته في الملكية المشتركة، ومع ذلك يمكن للزوج الإيصاء بما يتجاوز حصته بشرط موافقة الزوج الآخر بصورة صريحة وموثقة.

بالرجوع إلى نص المادة 1424 من القانون المدني الفرنسي⁽³⁾، فقد قيّدت بعض التصرفات للزوجين واشترطت موافقة الزوج الآخر حتى ينفذ التصرف، فلا يمكن لأحد الزوجين دون موافقة الآخر التصرف في العقارات المملوكة ملكية مشتركة، كنقل ملكية عقار أو ترتيب حقوق عينية أصلية أو تبعية، كما لا يمكن لأحدهما دون موافقة الآخر مبادلة الأراضي الداخلة في نطاق الملكية المشتركة.

كما لا يمكنه بيع مؤسسة تجارية مملوكة ملكية مشتركة بين الزوجين، أو التنازل عن استثمار أو استغلال مملوك بصفة تشاركية بينهما، ولا سيما المشاريع ذات الصبغة الحرفية التي يباشرها الزوجان كشريكين، كما لا يمكن لأحدهما إيقاف نشاط هذا المشروع دون موافقة الآخر، كما يمنع على أحد الزوجين دون قبول الآخر

tiers."Modifié par Ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 - art. 50 JORF 24 mars 2006. (www.legifrance.gouv.fr). date du visite du site le 08/11/2014.

(1) رعد مقداد محمود الحمداني. النظام المالي للزوجين دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية والتشريعات الفرنسية. ص 70.

(2) voir l'article 1423 du code civil français "Le legs fait par un époux ne peut excéder sa part dans la communauté. Si un époux a légué un effet de la communauté, le légataire ne peut le réclamer en nature qu'autant que l'effet, par l'événement du partage, tombe dans le lot des héritiers du testateur ; si l'effet ne tombe point dans le lot de ces héritiers, le légataire a la récompense de la valeur totale de l'effet légué, sur la part, dans la communauté, des héritiers de l'époux testateur et sur les biens personnels de ce dernier" Modifié par Loi n°85-1372 du 23 décembre 1985 - art. 13 JORF 26 décembre 1985 en vigueur le 1er juillet 1986. (www.legifrance.gouv.fr). date du visite du site le 08/11/2014.

(3) voir l'article 1424 du code civil français " Les époux ne peuvent, l'un sans l'autre, aliéner ou grever de droits réels les immeubles, fonds de commerce et exploitations dépendant de la communauté, non plus que les droits sociaux non négociables et les meubles corporels dont l'aliénation est soumise à publicité. Ils ne peuvent, sans leur conjoint, percevoir les capitaux provenant de telles opérations.

De même, ils ne peuvent, l'un sans l'autre, transférer un bien de la communauté dans un patrimoine

fiduciaire." Modifié par LOI n°2008-776 du 4 août 2008 - art. 18 (V). (www.legifrance.gouv.fr). date du visite du site le 08/11/2014.

التصرف في الأثاث المادية أو المنزلية بالبيع لأنها مشتركة بينهما.

في صورة ما إذا قام أحد الزوجين بأحد التصرفات القانونية المحظورة عليه دون موافقة الزوج الآخر على الأموال المشتركة بينهما، فيترتب على ذلك عدم قدرته على الاستفادة من العوائد المالية لتلك التصرفات إذا لم ينل موافقة الزوج الآخر.

فلا يستطيع أحد الزوجين بدون موافقة الآخر بموجب المادة 1425 من القانون المدني الفرنسي⁽¹⁾ إيجار عقاري لشخص آخر، إذا تضمن الإيجار شرطاً يمكن المستأجر من استخدام العقار الفلاحي المملوك ملكية مشتركة للزوجين في جميع النشاطات التجارية أو الصناعية أو أية حرفة يدوية أخرى⁽²⁾، على أن موافقة أحد الزوجين على تصرف الزوج الآخر ينبغي أن تكون صريحة، وموثقة، حال إبرام التصرف، كما يمكن أن تكون هذه الموافقة في شكل وكالة صريحة وموثقة، والتي بموجبها يمكن له إبرام التصرفات باسمه الشخصي أصالة عن نفسه ووكالة عن زوجه، مع ضرورة الإشارة إلى الوكالة في التصرف مع شخص آخر.

من خلال النصوص القانونية السابقة، يتضح جلياً مدى القيود الواردة على تصرفات كل من الزوجين في الملكية المشتركة بينهما، بالإضافة إلى ترتيب المشرع الفرنسي جزاءات قانونية في حال الإخلال بهذه القيود، والمتمحورة بالأساس حول ضرورة موافقة القرين عن كل التصرفات التي يُبرمها القرين الآخر، فمن خلال نص المادة 1427 من القانون المدني الفرنسي⁽³⁾ يتضح جلياً أنه في صورة ما تجاوز أحد الزوجين سلطاته على الملكية المشتركة بدون موافقة الزوج الآخر، فله الحق في المطالبة بإبطال التصرف الذي صدر من الزوج الآخر خارج نطاق سلطاته.

فالمستفيد من تقرير البطلان لصالحه هو الزوج الآخر المتضرر من تجاوز الزوج سلطاته في التصرف وبالتالي فالبطلان المقرر له نسبي، على أن البطلان المقرر في نص المادة 1427 إنما يلحق التصرفات الواردة على تجاوز أحد الزوجين سلطاته على الملكية المشتركة، ولا يشمل بذلك التصرفات المعيبة بالغش والاحتيال، فيترتب بالتالي في حالة إثبات حدوث تجاوز للسلطة، تقرير البطلان والذي من آثاره عدم نفاذ التصرف من

(1) voir l'article 1425 du code civil français " Les époux ne peuvent, l'un sans l'autre, donner à bail un fonds rural ou un immeuble à usage commercial, industriel ou artisanal dépendant de la communauté. Les autres baux sur les biens communs peuvent être passés par un seul conjoint et sont soumis aux règles prévues pour les baux passés par l'usufruitier. " Modifié par Loi n°85-1372 du 23 décembre 1985 - art. 13 JORF 26 décembre 1985 en vigueur le 1er juillet 1986 (www.legifrance.gouv.fr). date du visite du site le 08/11/2014.

(2) رعد مقداد محمود الحمداني. النظام المالي للزوجين دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية والتشريعات الفرنسية. ص 72.

(3) voir l'article 1427 du code civil français "Si l'un des époux a outrepassé ses pouvoirs sur les biens communs, l'autre, à moins qu'il n'ait ratifié l'acte, peut en demander l'annulation. L'action en nullité est ouverte au conjoint pendant deux années à partir du jour où il a eu connaissance de l'acte, sans pouvoir jamais être intentée plus de deux ans après la dissolution de la communauté. Modifié par Loi n°85-1372 du 23 décembre 1985 - art. 15 JORF 26 décembre 1985 en vigueur le 1er juillet 1986. (www.legifrance.gouv.fr). date du visite du site le 08/11/2014.

الزوج المتجاوز لسلطته تجاه الزوج الآخر، بالإضافة إلى عدم نفاذ التصرف كذلك تجاه الغير المتعاقد معه. لقد قرّرت المادة 1427 البطلان بهدف إعادة الأموال المشتركة بين الزوجين، والمتصرف فيها بطريقة تجاوزية للسلطة إلى حالتها التي كانت عليها قبل التصرف، بمعنى أدق إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام التصرف، من خلال إعادة الأموال ماديا إلى الطرف المتضرر وفي حالة استحالة ذلك يتقرر له التعويض.

كما يترتب على تجاوز السلطة المقررة لأحد الزوجين، في بيع عقار مملوك بطريقة مشتركة بدون موافقة الزوج الآخر إلزام الطرف الخارج عن حدود السلطة تجاه المشتري فيعتبر ضامنا، ويمكن للزوج المتضرر من هذا التصرف التمسك ببطلان عقد البيع حتى بعد ثبوت حسن نية المشتري.

هذا وقرّر المشرع أجلا قانونيا لمباشرة دعوى البطلان، محدّدة في سنتين كأجل أقصى يبدأ احتسابها من تاريخ العلم بالتصرف الذي يعدّ تجاوزا لحدود السلطة المقررة له، وفي حالة ما كان البيع معلقا على شرط أو مضافا إلى أجل فإن ميعاد السنتين المقررة كميعاد لرفع دعوى البطلان لا تسري إلاّ عندما يصبح العقد نافذا.

رابعا: الديون المشتركة بين الزوجين.

إنّ مسألة الديون بين الزوجين من الأمور التي يتعلّق بها النظام الإشتراكي المالي، لأنّ ذلك الإشتراك ماهو إلاّ تفعيل لهذه الأموال، وعلى هذا الأساس فالديون بين الزوجين تكون قبل الزواج، أو بعده، أو خلال وجود عقد الإشتراك المالي⁽¹⁾.

لم يتضمّن المشرع الجزائري مصير الديون المشتركة بين الزوجين في نطاق الأموال المشتركة بينهما، فالديون التي هي في ذمة أحد الزوجين قبل انعقاد الزواج تبقى عالقة في الذمة المالية للزوج، ولا يمكن لدائنيه تتبّع أمواله إلاّ في حدود أمواله الشخصية، والتي لا تدخل ضمن نطاق الملكية المشتركة بين الزوجين⁽²⁾، وهذا من مضامين الفقرة الأولى من المادة 37 من قانون الأسرة التي نصّت على: "لكلّ واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر...".

باتّفاق الزوجين على إنشاء مشروع مالي تشاركي بينهما، واستثمار الأموال المشتركة بينهما، وتحديد كلّ التفاصيل التي تتعلّق بذلك، فقد يترتب على ذلك ديون تعتبر مشتركة بينهما، شأنها في ذلك شأن الأموال المشتركة؛ وعلى هذا الأساس يكون الزوجان مسؤولين تضامنيا على الديون، على اعتبار أنّها نشأت بموافقتهما وبمناسبة إدارة الأموال المشتركة بينهما، ويحقّ بذلك لدائنيهما تتبّع أموالهما في الأموال المشتركة للزوجين، وذلك من خلال مضامين الفقرة الثانية من المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري التي نصّت على "...غير أنّه يجوز للزوجين أن يتّفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، حول الأموال المشتركة بينهما، التي يكتسبانهما

(1) خليفة علي الكعبي. نظام الاشتراك المالي بين الزوجين وتكييفه الشرعي. ص 215.

(2) العربي بلحاج. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث إجهادات المحكمة العليا) أحكام الزواج. ج 1 ص 330.

خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما"، واعتبار الكتلة المالية المشتركة بينهما ضمانا عامًا لديونهما المشتركة.

من خلال هذه المقاربة لمعالجة حلّ مشكل سداد الديون التي يمكن استنتاجها من خلال المادة 37 من قانون الأسرة، فذلك يجعل الباب مفتوحا أمام القصور التشريعي في هذا الخصوص، وينبغي التصديّ لذلك عبر سنّ مواد صريحة تعالج هذه المعضلة، كما هو الشأن لدى المشرّع الفرنسي الذي أفرد نصوصا قانونية بعينها للديون المشتركة بين الزوجين في صلب القانون المدني ولا سيما المواد من 1409 إلى 1420، فتضمّنت المادة 1409⁽¹⁾ طبيعة الديون المشتركة، وسبل إنشائها من خلال اشتغالها على الديون المشتركة الناشئة عن تكاليف الحياة الزوجية كراعاية الأولاد وصيانة بيت الزوجية، وكلّ الديون المترتبة على إنشاء النظام المالي المشترك بينهما وبسببه بحسب الحالة، كما تولّت المادة 1410⁽²⁾ تبين النطاق الزمني لنشأة الديون، وربط ذلك بعبئة يوم إجراء مراسيم الزفاف، وجعل الديون الواقعة قبل هذا التاريخ بمثابة الديون الشخصية ومحدودية مسؤولية كلا الزوجين عليها، وعلى هذا الأساس لا يمكن لدائني أحد الزوجين الحصول على دينه، إلّا في حدود الملكية الشخصية لكلّ منهما، غير أنّه يمكن لأحد الدائنين التنفيذ على الأملاك التي تدخل في إطار الملكية المشتركة للزوجين، والتي هي ملك لأحد الزوجين المدينين من يوم الزواج، والمكتسبة بطريق الإرث أو الوصية والمدمجة ضمن المال المشترك وهو ما تضمّنته المادة 1411⁽³⁾.

من خلال استقراء المواد 1410 و 1415 من القانون المدني الفرنسي، فالديون المستحقة على الزوجين تشمل الديون المترتبة بذمة كلّ من الزوجين قبل الزواج، وكذلك الديون التي وجد كلّ منهما نفسه مُثَقَلًا بها خلال الزواج عن طريق الإرث أو الهبة، والديون الناشئة خلال الحياة الزوجية دون موافقة الزوج الآخر على تحمّلها معه، بالإضافة إلى الديون الناتجة عن ممارسة الزوج لمهنة مستقلة، إلّا إذا كان الزوج قد وافق على

(1) voir l'article 1409 du code civil français " La communauté se compose passivement :

-à titre définitif, des aliments dus par les époux et des dettes contractées par eux pour l'entretien du ménage et l'éducation des enfants, conformément à l'article 220 ;

-à titre définitif ou sauf récompense, selon les cas, des autres dettes nées pendant la communauté." Modifié par Loi n°85-1372 du 23 décembre 1985 - art. 9 JORF 26 décembre 1985 en vigueur le 1er juillet 1986 .(www.legifrance.gouv.fr). date du visite du site le 08/11/2014.

(2) voir l'article 1410 du code civil français " Les dettes dont les époux étaient tenus au jour de la célébration de leur mariage, ou dont se trouvent grevées les successions et libéralités qui leur échoient durant le mariage, leur demeurent personnelles, tant en capitaux qu'en arrérages ou intérêts." Codifié par: Loi 65-570 1965-07-13 (www.legifrance.gouv.fr). date du visite du site le 08/11/2014.

(3) voir l'article 1411 du code civil français " Les créanciers de l'un ou de l'autre époux, dans le cas de l'article précédent, ne peuvent poursuivre leur paiement que sur les biens propres et les revenus de leur débiteur. Ils peuvent, néanmoins, saisir aussi les biens de la communauté quand le mobilier qui appartient à leur débiteur au jour du mariage ou qui lui est échu par succession ou libéralité a été confondu dans le patrimoine commun et ne peut plus être identifié selon les règles de l'article 1402." Modifié par Loi n°85-1372 du 23 décembre 1985 - art. 10 JORF 26 décembre 1985 en vigueur le 1er juillet 1986.(www.legifrance.gouv.fr). date du visite du site le 08/11/2014.

التصرف المنشئي للدين، أركان الزوج مشتركا مع الزوجة في ممارسة المهنة أووافق على ممارستها للتجارة بصراحة⁽¹⁾.

فأداء الديون المشتركة يكون من الأموال المملوكة بصفة مشتركة بين الزوجين خلال الحياة الزوجية، أيًا كانت طبيعة هاته الديون، إلا إذا كان هناك غش من طرف أحدهما أو ثبوت سوء نيته، كمن يقدم على تسديد ديونه الشخصية من الأموال المشتركة، فيبقى بذلك مدينا لها بما دفعه منها لتسديد ديونه وهو ما عالجته المادة 1413⁽²⁾.

على هذا الأساس يمكن لدائن أحد الزوجين الحجز على الأموال الخاصة بالزوج في حالة ما إذا كان الزوجان متضامنين في الدين، فيمكن بالتالي ملاحقة الأموال الخاصة بكل من الزوجين⁽³⁾، وهو ما تضمنته المادة 1418 من القانون المدني الفرنسي⁽⁴⁾.

فالدائن الناشئ بسبب تصرف أحد الزوجين يلزم فقط الأموال المشتركة بالإضافة إلى الأموال الخاصة لذلك الزوج دون امتداد الضمان إلى الأموال الخاصة بالزوج الآخر⁽⁵⁾.

إن دائن أحد الزوجين لا يستطيع الحجز على الأموال الخاصة بالزوج الآخر إلا إذا كان الزوجان متضامنين في الدين، ففي هذه الحالة لا يحق للدائن ملاحقة الأموال المشتركة فحسب، وإنما يمكنه ملاحقة الأموال الخاصة بكل من الزوجين، وهو ما عالجته المادة 1415 من القانون المدني الفرنسي⁽⁶⁾، على أن التضامن يتجلى في وفاء الديون المنزلية المشتركة الناتجة عن إبرام العقود المبرمة من قبل أحد الزوجين، في إطار نفقات الأسرة وتربية الأولاد وصيانة بيت الزوجية، ويتجلى أيضا التضامن في وفاء الديون المترتبة على العقود التي أبرمها أحد الزوجين، والتي وافق عليها الزوج الآخر؛ ويستبعد من نطاق الأموال محل الحجز

(1) رعد مقداد محمود الحمداني. النظام المالي للزوجين دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية والتشريعات الفرنسية. ص 183 و 184.

(2) voir l'article 1413 du code civil français " Le paiement des dettes dont chaque époux est tenu, pour quelque cause que ce soit, pendant la communauté, peut toujours être poursuivi sur les biens communs, à moins qu'il n'y ait eu fraude de l'époux débiteur et mauvaise foi du créancier, sauf la récompense due à la communauté s'il y a lieu." Modifié par Loi n°85-1372 du 23 décembre 1985 - art. 11 JORF 26 décembre 1985 en vigueur le 1er juillet 1986.(www.legifrance.gouv.fr). date du visite du site le 08/11/2014.

(3) خليفة علي الكعبي. نظام الاشتراك المالي بين الزوجين وتكييفه الشرعي. ص 216.

(4) voir l'article 1418 du code civil français " Lorsqu'une dette est entrée en communauté du chef d'un seul des époux, elle ne peut être poursuivie sur les biens propres de l'autre. S'il y a solidarité, la dette est réputée entrer en communauté du chef des deux époux." Modifié par Loi n°85-1372 du 23 décembre 1985-art.12 JORF 26 décembre 1985 en vigueur le 1er juillet 1986.(www.legifrance.gouv.fr). date du visite du site le 08/11/2014.

(5) عمر صلاح الحافظ مهدي العزاوي. الذمة المالية للزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي (دراسة مقارنة). ص 281.

(6) voir l'article 1415 du code civil français " Chacun des époux ne peut engager que ses biens propres et ses revenus, par un cautionnement ou un emprunt, à moins que ceux-ci n'aient été contractés avec le consentement exprès de l'autre conjoint qui, dans ce cas, n'engage pas ses biens propres." Modifié par Loi n°85-1372 du 23 décembre 1985 - art. 11 JORF 26 décembre 1985 en vigueur le 1er juillet 1986.(www.legifrance.gouv.fr). date du visite du site le 08/11/2014.

إيرادات ورواتب أحد الزوجين غيرالمدين، إلا إذا كان الدّين منزليا، فالفقرة الثّانية من المادة 1414 من القانون المدني الفرنسي⁽¹⁾ استثنت إيرادات ورواتب الزوج غيرالمدين من إمكانية الملاحقة في أمواله، حتى لو كان الدّين مشتركا ولا سيما إذا كانت الإيرادات مودعة في حساب جارٍ، لأنّها تدخل ضمن الأموال الخاصّة بالزوج غيرالمدين، ويُستثنى أيضا من طائفة الأموال القابلة للملاحقة الأموال المشتركة العادية، وعوائد أحد الزوجين، بالإضافة إلى الأموال المملوكة ملكية مشتركة بين الزوجين.

كما ويخضع انقضاء الدّيون المترتبة على النظام المالي للزوجين للقواعد العامّة التي يضبطها القانون المدني بصورة طبيعية، من حيث الوفاء بها وهو ما عالجته المادة 258 وما بعدها من القانون المدني الجزائري، وقد يتمّ الوفاء بما يعادل صورة الوفاء الطّبيعي كالوفاء بمقابل⁽²⁾ أو بالتّجديد والإنابة⁽³⁾ أو المقاصّة⁽⁴⁾ أو إتّحاد الدّمة⁽⁵⁾، كما وقد يتمّ انقضاء الدّيون المترتبة على النظام المالي بين الزوجين من دون الوفاء بها كالإبراء⁽⁶⁾ أو استحالة الوفاء⁽⁷⁾ أو التّقادم المُسقط⁽⁸⁾.

كما أنّ المشرّع الجزائري لم يتضمّن سبل إنهاء النّظام المالي بين الزوجين أيّا كانت طبيعته أو نوعه، وبالمقابل حظيت هذه الفكرة بعناية المشرّع الفرنسي من خلال القانون المدني من خلال المادة 1441⁽⁹⁾، التي بيّنت ذلك من خلال وفاة أحد الزوجين، وهي الحالة التي تعتبر معتادة لإنهاء الرّابطة المالية بينهما؛ وفي هذا الصّدّد، ينبغي على الزوج الحيّ أن يقوم بجرد الأموال المشتركة لغرض حماية دائني الزوج المتوفى وورثته من إمكانية استيلاء الزوج الحيّ أو إخفاء أموال التّركة؛ بالإضافة إلى حفظ حقوقه وأطفاله، أو يتمّ إنهاء النّظام

(1) voir l'article 1414 du code civil français " Les gains et salaires d'un époux ne peuvent être saisis par les créanciers de son conjoint que sil'obligation a été contractée pour l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants, conformément à l'article 220. Lorsque les gains et salaires sont versés à un compte courant ou de dépôt, ceux-ci ne peuvent être saisis que dans les conditions définies par décret." Loi n°85-1372 du 23 décembre 1985 - art. 11 JORF 26 décembre 1985 en vigueur le 1er juillet 1986.(www.legifrance.gouv.fr). date du visite du site le 08/11/2014.

(2) تضمّنه القانون المدني الجزائري في المادتين 285 و286.

(3) تضمّنه القانون المدني الجزائري في المواد من 287 إلى 296.

(4) تضمّنه القانون المدني الجزائري في المادتين المواد من 297 إلى 303.

(5) تضمّنه القانون المدني الجزائري في المادة 304.

(6) تضمّنه القانون المدني الجزائري في المادتين 305 و306.

(7) تضمّنه القانون المدني الجزائري في المادة 307.

(8) تضمّنه القانون المدني الجزائري في المواد من 308 إلى 322.

(9) voir l'article 1441 du code civil français " La communauté se dissout :

1° par la mort de l'un des époux ;

2° par l'absence déclarée ;

3° par le divorce ;

4° par la séparation de corps ;

5° par la séparation de biens ;

6° par le changement du régime matrimonial. "Codifié par: Loi 65-570 1965-07-13.(www.legifrance.gouv.fr). date du visite du site le 14/11/2014.

المالي بغياب أحد الزوجين بموجب حكم قضائي، على اعتبار أنّ ذلك مانع من ممارسة السلطة على الأموال المشتركة، كما ويكون انقضاء المشروع المالي التشاركي بالطلاق، على أساس أنّ السبب الرئيس لاجتماع الزوجين هو عقد الزواج، فبانتهاؤه بالطلاق لا اعتبار لبقاء النظام المالي قائما، وزاد المشرع الفرنسي سبيلا آخر لفض الشراكة المالية الزوجية، ويكون ذلك بالإنفصال الجسماني، أو بفصل الأموال عن طريق القضاء وجعل ذلك بالسوية بينهما، وهذا كحماية من تعسف أحد الزوجين تجاه الآخر، لا سيما عند ثبوت سوء الإدارة أو فسادها ولا يعتدّ بغير الصبغة القضائية، وهو ما شملته المادة 1443 من القانون المدني الفرنسي⁽¹⁾، هذا وينقضي النظام المالي أيّا كان شكله بتغيير نمطه من قبل الزوجين.

بتحقّق إحدى الحالات السابقة المسببة لإنهاء النظام المالي يتمّ تصفية الأموال المشتركة وفقا لإجراءات معينة وتنظيم حساب بالتعويضات المترتبة للزوجين على المجموع المشترك أو العكس⁽²⁾، إنتهاء باستخراج الزيادة، والتي تقسم بالتساوي بينهما، ويمكن استبعاد التقسيم المتساوي، من خلال إدراج شرط يتمّ الإتفاق عليه بين الزوجين، وقد يحقّق بعض الفوائد، خاصّة إذا كانت مساهمة أحد الزوجين بما قدّمه من أموال تتجاوز حصّة الزوج الآخر، فيكون من المنطق والعدالة أن يحتفظ بجزء أكبر من الأموال المشتركة بعد انحلال الزواج، وهو ما تضمّنته المادة 1520 من القانون المدني الفرنسي⁽³⁾.

فضلا على أنّ المشرع الجزائري بمناسبة تعديل قانون العقوبات، قد أدرج عقوبات في حقّ الزوج الذي يمارس الإكراه تجاه زوجته حتى يتصرّف في أموالها، حيث قد يحكم عليه بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين، على أنّ صفح زوجته عنه يضع حدّا للمتابعة القضائية، وهو ما أشارت إليه المادة 330 مكرّر بنصّها على: "يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى سنتين (2) كلّ من مارس على زوجته أيّ شكل من أشكال الإكراه أو التخويف ليتصرّف في ممتلكاتها أو مواردها المالية. يضع صفح الضحية حدّا للمتابعة القضائية"⁽⁴⁾.

لقد دأب المشرع الجزائري من خلال تعديله للمادة 37 من قانون الأسرة، ولا سيما الفقرة الثانية التي تضمّنت الاشتراك المالي بين الزوجين، على مُجاراة ما نصّت عليه اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضدّ المرأة من خلال المادة 13 في فقرتها (ب)، بتمكين المرأة من حقّها المساوي للرجل في حصولها على القروض

(1) voir l'article 1443 du code civil français " Si, par le désordre des affaires d'un époux, sa mauvaise administration ou son inconduite, il apparaît que le maintien de la communauté met en péril les intérêts de l'autre conjoint, celui-ci peut poursuivre la séparation de biens en justice.

Toute séparation volontaire est nulle." Codifié par: Loi 65-570 1965-07-13.(www.legifrance.gouv.fr). date du visite du site le 08/11/2014.

(2) تضمّن القانون المدني الفرنسي في المواد 1467 وما بعدها.

(3) voir l'article 1520 du code civil français " Les époux peuvent déroger au partage égal établi par la loi." Décret n°55-1350 du 14 octobre 1955 - art. 69 (V) Codifié par Loi 65-570 1965-07-13.(www.legifrance.gouv.fr). date du visite du site le 08/11/2014.

(4) القانون رقم (15-19) المتضمن تعديل قانون العقوبات المؤرخ في 30 ديسمبر 2015 (الجريدة الرسمية، رقم 71 الصادرة بتاريخ 30 ديسمبر 2015)، ص 4.

المصرفية، وكل الامتيازات ذات الصبغة المالية، حيث نصّت على: "الحق في الحصول على القروض المصرفية، والرّهون العقارية وغير ذلك من أشكال الائتمان المالي".

كما أشارت نفس المادة في الفقرة (ح) إلى أن يكون للمرأة الحق في التملك وإدارة الممتلكات وكل ما يتفرّع على ذلك من حقوق فرعية لحق الملكية، ولها التصرف فيها بمقابل أو بدونه، حيث تمّ النص على ذلك وفقا لما يلي: "تتخذ الدّول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضدّ المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزّواج والعلاقات الأسرية وبوجه خاص تضمن، على أساس تساوي الرّجل والمرأة: (ح) نفس لحقوق لكلا الزّوجين فيما يتعلّق بملكيّة وحيازة الممتلكات والإشراف عليها، وإدارتها، والتمتّع بها، والتصرّف فيها، سواء بلا مقابل أو مقابل عوض ذي قيمة".

الفرع الخامس: الإجراءات المُرعاة في التّنازع حول الأموال بين الزّوجين.

في صورة ما وقع نزاع بين الزّوجين حول الأموال التي أشار إليها قانون الأسرة، فإنّه يتعيّن على من يدّعي حقّا تجاه الآخر أن يراعي بعض التّفاصيل التي يمكن تبيينها كما يلي:

أولاً: إثبات الدّين تجاه الزّوج.

إذا أراد أحد طرفي العلاقة الزّوجين أن يلتجئ للقضاء طالبا الحُكم له بما يدّعيه بتمكينه من أمواله التي في حوزة الزّوج الآخر، كان عليه قبل ذلك أن يثبت ما يدّعيه بكافة الطّرق الشّرعية والقانونية، ولقد سكت المشرّع الجزائري عن هذه المسألة تاركا الأمر للقواعد العامّة للإثبات⁽¹⁾، وعلى هذا الأساس ينبغي الأخذ بعين الاعتبار ما نصّ عليه القانون المدني بخصوص الإثبات في المادة المدنية، على اعتبار أنّ الدّيون بين الزّوجين هي في حقيقة الأمر أموال، ولذلك يجب على الدّائن الذي يدّعي حقّا تجاه خصمه أن يثبته، وعلى المدين أن يثبت التخلّص منه وفقا لما جاء به نصّ المادة 323 من القانون المدني الجزائري، وينبغي الأخذ بعين الاعتبار قيمة الدّيون بين الزّوجين التي يشترط فيها المشرّع ضرورة إثباتها بالكتابة الرّسمية، ولا سيما إذا تجاوزت القيمة مائة ألف دينار جزائري وفقا للمادة 333 من القانون المدني التي نصّت على: "في غير المواد التّجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري أو كان غير محدّد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشّهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نصّ يقضي بغير ذلك ...".

ثانياً: الإلتجاء إلى القضاء للمطالبة بالدّين من طرف أحد الزّوجين تجاه الآخر.

بعد إثبات الحقّ من طرف الزّوج الذي يدّعيه تجاه الزّوج الآخر وفق الأطر القانونية، يمكنه أن يرفع دعوى افتتاحية للمطالبة بسداد هذا الدّين، على أن يراعي في ذلك قاعدة الاختصاص القضائي وفقا لما يلي:

1- الجهة القضائية النّوعية النّاظرة في التّنازع بين الزّوجين حول الأموال بينهما.

إذا كان النزاع مُنصبّاً على الدّيون المستحقّة، والمقصود بذلك الحقوق الشّخصية المترتبة على كلّ من

(1) العربي بلحاج. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (وفق آخر التّعدّلات ومدعّم بأحدث إجتهاادات المحكمة العليا) أحكام الزّواج . ج 1 ص 327.

الزَّوجين خلال الزَّواج أو قبله، فيجوز للقضاء المدني الفصل في مثل هذه القضايا لأنَّه صاحب الولاية والاختصاص العام للفصل في مثل هذه المنازعات، وفقا لنصَّ المادة 32 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، غير أنَّه يمكن لقاضي شؤون الأسرة أن ينظر في القضية التي يكون محلَّ الخصام فيها دينا لأحد الزَّوجين على الآخر تماشيا مع أحكام المادة 37 من قانون الأسرة، على أساس أنَّ هذه الدَّيون هي أثر من آثار الاستقلال المالي لكلِّ واحد منهما، فهذه الأموال يمكن إدراجها ضمن الآثار المترتبة عن الزَّواج⁽¹⁾، وهو ما أشارت إليه المادة 423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في فقرتها الأولى كما يلي: "ينظر قسم شؤون الأسرة، على الخصوص في الدعاوى الآتية: 1- الدَّعاوى المتعلقة بالخطبة والزَّواج والرَّجوع إلى بيت الزَّوجية وانحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات والشُّروط المذكورة في قانون الأسرة..."

وفي هذا النِّطاق فصلت المحكمة العليا بموجب قرار لها بشأن الاختصاص النَّوعي للجهة المخولة في الفصل في دين بين الزَّوجين، حيث جعلت من قاضي شؤون الأسرة مخوَّلا في الفصل فيه بالرَّغم من أنَّ الولاية العامة في الاختصاص النَّوعي تعود إلى القضاء المدني، فنصَّ القرار على ما يلي: "إنَّ اعتراف الزَّوج بالدين تجاه زوجته أمام قاضي الأحوال الشَّخصية يجعل هذا الأخير مُختصا للفصل في مبلغ الدين المتنازع عليه"⁽²⁾.

2- الجهة القضائية الإقليمية النَّاظرة في التنازع بين الزَّوجين حول الأموال بينهما.

يكون رفع الدَّعوى المُتمحورة حول الدَّيون بين الزَّوجين أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدَّعى عليه، وفقا لما جاء به نصَّ المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي نصَّت على: "يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدَّعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف، فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له وفي حالة اختيار موطن، يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، مالم ينصَّ القانون على خلاف ذلك".

المطلب الثاني: التَّوارث بين الزَّوجين.

إنَّ العلاقة المالية بين الزَّوجين ليست حبيسة حياتهما فحسب، بل قد يمتدَّ أثرها على أساس عقد الزَّواج إلى وفاة أحدهما، فيتربَّط على هذه الواقعة أن يرث الزَّوج الحيَّ الزَّوج الميِّت، ولقد عني المشرِّع الجزائري بهذه المسألة مقتبسا بذلك من الشَّريعة الإسلامية بشأن الميراث بصفة عامَّة، وبالتحديد التَّوارث بين الزَّوجين، وعلى هذا الأساس وجب التعرُّض لهذه التَّدقيقات وفق التَّفصيل التَّالي:

الفرع الأول: مفهوم الميراث.

(1) العربي بلحاج. المرجع نفسه. ج 1 ص 326 و327.

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشَّخصية - قرار صادر بتاريخ 2002/04/16 ملف رقم 279878 - (المجلة القضائية لسنة 2003. العدد الأول. ص 378).

الفرع الثاني: دليل ميراث الزوجين.

الفرع الثالث: أركان الميراث.

الفرع الرابع: أسباب الميراث.

الفرع الخامس: شروط الميراث.

الفرع السادس: الحكمة من توارث الزوجين.

الفرع السابع: نصيب الزوجين من الميراث.

الفرع الثامن: إجراءات المطالبة بميراث أحد الزوجين.

الفرع الأول: مفهوم الميراث.

يمثل موضوع الميراث في الإطار العام أهمية بالغة الأثر بالنسبة لمختلف التشريعات، ولذلك وجب بما كان معرفة مفهومه من الناحية اللغوية والاصطلاحية.

أولاً: مفهوم الميراث في اللغة.

الميراث في اللغة من فعل ورث يرث ورثاً وإرثاً، والميراث في اللغة الفرنسية (La succession)⁽¹⁾ وفي اللغة الإنجليزية (The succession)⁽²⁾، يُقال وَرِثْتُ فَلَانًا مَالًا، أَرِثُهُ وَرِثًا وَوَرِثًا، إِذَا مَاتَ مُوَرِّثُكَ فَصَارَ مِيرَاثُهُ لَكَ وللميراث في اللغة معنيان:

1- المعنى الأول: أنّ الوارث صفة من صفات الله تعالى الدائم الذي يرث الأرض بعد فنائها⁽³⁾، وهو الباقي بعد فناء الخلق⁽⁴⁾، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿...وَكُنَّا نَحْنُ الْوَارِثِينَ﴾⁽⁵⁾، أي لأمالك لها إلا الله الذي له ميراث السموات

والأرض⁽⁶⁾، فكان الله تعالى خلفاً للهاكين⁽⁷⁾.

2- المعنى الثاني: ينصرف معنى الميراث إلى انتقال ملكية الشيء من شخص لآخر، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿وَأَوْرَثَكُمُ أَرْضَهُمْ وَدِيَارَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ...﴾⁽⁸⁾، أي وملّكمكم بعد مهلكهم أرضهم⁽⁹⁾، وشأن ذلك ما ورّثه النبي داوود لابنه النبي سليمان⁽¹⁰⁾، وقال الله تعالى في شأن ميراث نبيه سليمان لنبيه داوود: ﴿وَوَرِثَ سُلَيْمَانُ

(1) شوقي ضيف . معجم القانون . ص 149.

(2) Samia zemout . Legal glossary. Superior court of California, sacramento, USA, 2005, p 90.

(3) الزبيدي. تاج العروس من جواهر القاموس. ج 5 ص 381.

(4) الطاهر أحمد الزاوي . المختار في القاموس. ص 653.

(5) سورة القصص. الآية 58.

(6) الطبري . جامع البيان في تأويل القرآن . ج 19 ص 603.

(7) القرطبي. الجامع لأحكام القرآن . ج 13 ص 301.

(8) سورة الأحزاب. الآية 27.

(9) الطبري . جامع البيان في تأويل القرآن . ج 20 ص 250.

(10) ابن منظور. لسان العرب. ج 2 ص 199.

داود...⁽¹⁾، فَأَرَادَ بِالْإِثْرِ هَاهُنَا نَزْوْلَهُ مَنَزَلَتَهُ فِي النُّبُوَّةِ وَالْمُلْكِ⁽²⁾.

من خلال تفحص المعاني اللغوية يتضح بشكل واضح أنّ الميراث يعني في النطاق العام البقاء، ويعني أيضا انتقال الملكية من شخص لآخر، وعلى هذا الأساس وبتوليف المعنيين يمكن تصوّر أنّ الميراث في اللغة يعني بقاء الشيء الذي انتقل من الخلف إلى السلف، على أنّ ذلك لا يشمل الأموال فقط بل قد يمتدّ إلى فضائل الأخلاق والجاه وغيرها من الخصال.

ثانيا: مفهوم الميراث في الاصطلاح.

بعد الإلمام بالمفهوم اللغوي للميراث يمكن المرور إلى المعنى الاصطلاحي، فلقد عرّف الميراث على أنّه "خلافة قانونية في المال سببها الوفاة"⁽³⁾، فواضح من خلال هذا التعريف نصّه على الخلافة القانونية، أي خلافة الشخص الوارث للشخص الموروث في ماله بسبب واقعة الوفاة، وإن كان يؤخذ على هذا التعريف أنّه جاء عاما وغير موضح لأطراف الميراث، بالإضافة إلى عدم نصّه على خضوع الميراث لتشريع معيّن.

كما وعرّف الميراث أنّه: "ما خلفه الميت من الأموال والحقوق التي يستحقّها بموته الوارث الشرعي"⁽⁴⁾، من خلال هذا التعريف يمكن معرفة أنّ الميراث هو استخلاف شخص حيّ شخصا ميتا في الأموال والحقوق، ذات الصبغة المالية التي تركها، على أن سبب استحقاق الميراث هو وفاة المورث، وانتقال ماله إلى من يستحقّه من الورثة على الوجه الذي نظمّه الشرع.

بالرجوع إلى المنظومة التشريعية في الجزائر، فلم يُفرد المشرع تعريفا خاصا بالميراث، لكن وبالرجوع إلى اجتهادات المحكمة العليا نجدها نصّت على: "ما يخلفه المورث من أموال جمعها وتملكها أثناء حياته"⁽⁵⁾، فركّز فركّز التعريف على الجانب المادي ممّا تركه المورث دون التطرّق إلى الوارث، الذي يخلف المورث بعد موته.

الفرع الثاني: دليل ميراث الزوجين.

يعتبر الزوجان من الورثة بموجب الشرع والقانون، وعلى هذا الأساس يجب توضيح ذلك من خلال النصوص الشرعية على النحو التالي:

أولا: دليل ميراث الزوجين من القرآن الكريم.

ميراث الزوجين ثابت من كتاب الله تعالى، ودليل ذلك هو قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِيَنَّ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكَتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ...﴾⁽⁶⁾، فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ مِنْكُمْ أَوْ مِنْ غَيْرِكُمْ، جعلت المرأة على النصف من الرجل بحقّ الزواج، كما جعلت كذلك

(1) سورة النمل . الآية 16.

(2) ابن العربي . أحكام القرآن . ج 4 ص 293.

(3) شوقي ضيف . معجم القانون . ص 149.

(4) وهبة الزحيلي . الفقه الإسلامي وأدلته . ج 10 ص 372.

(5) المحكمة العليا- الغرفة المدنية- قرار رقم 24770 المؤرخ في 14 أفريل 1982. (المجلة القضائية لسنة 1989. العدد الرابع. ص 55).

(6) سورة النساء . الآية 12.

بحقّ النسب، والواحدة والجماعة سواء في الرّبع والثّمن⁽¹⁾.

من خلال الآية يتّضح صريح نصّها على إرث كلّ من الزّوجين للآخر، كما تولّى الله تعالى تبين نصيب كليهما، وتأثّر ذلك بالفرع الوارث نتاج زواجهما مع بعضهما البعض أو مع الغير.

ثانيا: دليل ميراث الزّوجين من السنّة النبوية.

ثبت أيضا ميراث الزّوجين من السنّة النبوية من خلال الحديث: عن مسروق رضي الله عنه عن عبد الله في رجل تزوّج امرأة فمات عنها ولم يدخل بها، ولم يفرض لها الصّدّاق، فقال لها الصّدّاق كاملا، وعليها العدة ولها الميراث، فقال معقل بن سنان سمعت رسول الله ﷺ قضى به في بروع بنت واشق بمثل ما قضى (أخبرنا عبد الله بن محمد بن عبد الرحمن، قال : حدثنا أبو سعيد عبد الرحمن بن عبد الله عن زائدة بن قدامة ، عن منصور عن إبراهيم عن علقمة والأسود، قالأ أتى عبد الله في رجل تزوّج امرأة، ولم يفرض لها، فتوفي قبل أن يدخل بها، فقال عبد الله: سلوا هل تجدون فيها أثرا، قالوا: يا أبا عبد الرحمن ما نجد فيها يعني أثرا، قال: أقول برأيي فإن كان صوابا فمن الله، لها كمهر نساءها لا وكس ولا شطط، ولها الميراث، وعليها العدة، فقام رجل من أشجع فقال: في مثل هذا قضى رسول الله ﷺ فينا في امرأة يقال لها بروع بنت واشق، تزوجت رجلا، فمات قبل أن يدخل بها، فقضى لها رسول الله ﷺ بمثل صداق نساءها ولها الميراث وعليها العدة فرفع عبد الله يديه وكبر)⁽²⁾.

ثالثا: دليل ميراث الزّوجين من قانون الأسرة الجزائري.

عنى المشرّع الجزائري بحالات ميراث الزّوجين مُقتديا في ذلك بالشريعة الإسلامية، وذلك في صلب قانون الأسرة، ولا سيما المادة 144 التي بيّنت أصحاب النّصف والذين من ضمنهم الزّوج حيث نصّت على: "أصحاب النّصف خمسة وهم: 1- الزّوج ويستحق النّصف من تركة زوجته بشرط عدم وجود الفرع الوارث لها..."، وأيضا المادة 145 التي بيّنت أصحاب الرّبع والمحصولين في الزّوجين بنصّها على: "أصحاب الرّبع إثنان وهما: 1- الزّوج عند وجود الفرع الوارث لزوجته، 2- الزّوجة أو الزّوجات عند وجود الفرع الوارث للزّوج". بالإضافة إلى ذلك نصّت المادة 146 على أصحاب الثّمن ومن ضمنهم الزّوجة حيث نصّت على: "وارث الثّمن: الزّوجة أو الزّوجات عند وجود الفرع الوارث للزّوج".

الفرع الثالث: أركان الميراث.

إنّ الحديث عن الميراث لا يمكن أن يتمّ من دون أن تكتمل أركانه الضّرورية في أية قضية ميراثية، وبخاصّة ميراث الزّوجين، وعلى كلّ فأركان الميراث بصفة عامّة هي ثلاثة : المورث، الوارث والموروث. أولا: المورث: ويقصد به الميّت الذي يترك مالا، ويمكن لغيره ميراثه بوجه من أوجه الاستحقاق، سواء كان موته حقيقة أي تنعدم حياته بعد أن كانت موجودة، أو أن يكون موته حكما بعد صدور حكم من القضاء،

(1) الزمخشري . الكشف عن حقائق غوامض التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل . ج 1 ص 469.

(2) سبق تخريجه.

مع احتمال حياته كالمتردّ والمفقود⁽¹⁾، وفي ميراث الزوجين قد يكون المورث أحد الزوجين.

ثانياً: الوارث: هو من يستحقّ الإرث لقيام سبب من أسبابه، على أن لا يمنعه مانع من الموانع، فيستحقّ الميراث من غيره بسبب قرابة حقيقية أو حكمية⁽²⁾، وفي حالة توارث الزوجين لا يعدّو أن يكون الوارث زوجاً أو زوجة.

ثالثاً: الموروث: يقصد به ما يتركه المورث، من الأموال والحقوق كالنقود والعقارات والآلات، والحقوق المالية أو الحقوق ذات الطابع المالي⁽³⁾، فهو الشيء الذي يورث عن الميت أو الشيء الموروث، أو التركة بعناصرها، وبانتفاء أحد هذه الأركان وبانعدام أحدها لا يمكن الحديث عن الميراث⁽⁴⁾.

الفرع الرابع: أسباب الميراث.

المقصود بالسبب ما يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم لذاته⁽⁵⁾، فموجبات الإرث ثلاثة أمور هي: الزوجية والقرابة والولاء⁽⁶⁾، ولأنّ قانون الأسرة الجزائري قد استبعد سبب الولاء تماشياً مع الحداثة الفقهية، وذلك من خلال المادة 126 التي نصّت على: "أسباب الإرث: القرابة والزوجية"، فلا طائل من التعرّض له كسبب من أسباب الميراث وستقتصر الدراسة على سببي القرابة والزوجية.

أولاً: القرابة كسبب موجب للميراث.

هي كلّ صلة سببها الولادة، وهي بالتالي تخصّ فروع الميت وأصوله وفروع أصوله ويشمل النّسب بالقرابة مايلي⁽⁷⁾: 1- الفروع ويشمل: الأولاد وأبنائهم ذكورا وإناثا.

2- الأصول: ويشمل: الآباء وأبائهم والأمهات، أي الأب والجد وإن علوا، والأم وأمتها وأم الأب وإن علت.

3- الحاشية وتشمل: الإخوة والأخوات أشقاء أو لأب، وأبنائهم وإن نزلوا، والأعمام وأبنائهم أشقاء أو لأب ذكورا أو إناثا.

4- ذووا الأرحام: وهم ما تبقى من الورثة، من أصحاب الفروض والعصبات، كالخال والخالة وابن البنت والجد لأم والعمة وفروعهم ذكورا وإناثا⁽⁸⁾.

(1) مريم أحمد الداغستاني . الموارث في الشريعة الإسلامية على المذاهب الأربعة. كلية الدراسات الإسلامية والعربية جامعة الأزهر، القاهرة، مصر، 2001. ص8.

(2) وهبة الزحيلي . الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 377.

(3) محمد الشحات الجندي . الميراث في الشريعة الإسلامية. دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ص 60.

(4) العربي بلحاج. أحكام الموارث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات، ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا. ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط4. 2010. ص 94.

(5) الهوتي. كشف القناع. ج 10 ص 331.

(6) الدردير. الشرح الصغير. ج 4 ص 619؛ الهوتي. كشف القناع. ج 10 ص 331؛ السرخسي. المبسوط. ج 5 ص 105؛ الشربيني. مغني المحتاج. ج 3 ص 4.

(7) وهبة الزحيلي . الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 377.

(8) العربي بلحاج. أحكام الموارث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات، ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا. ص 99.

هذا وتعتبر القرابة الأصل في التّوريث، ويكون منطلق القرابة ثبوت النّسب الصّحيح الذي تضمّنه قانون الأسرة بموجب المادة 40 بنصّها على: "يثبت النّسب بالزّواج الصّحيح، أو بالإقرار، أو بالبينّة، أو بنكاح الشّهية، أو بكلّ زواج تمّ فسخه بعد الدّخول طبقاً للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون. يجوز للقاضي اللّجوء إلى الطّرق العلمية لإثبات النّسب".

كما أنّ الطّفل المولود عن طريق التّلقيح الاصطناعي يُعتبر طفلاً شرعياً، ويستحقّ كامل الحقوق ولا سيما الميراث، كما ويمنع التّبنيّ شرعاً وقانوناً، عملاً بالمادة 46 من قانون الأسرة الجزائري، وهو ما تبنته المحكمة العليا من خلال اجتهادها الذي نصّ على: "من المقرّر أن يُمنع التّبنيّ شرعاً وقانوناً. ومتى تبين - في قضية الحال - أنّ المطعون ضده لم يكن ابناً شرعياً للمتبنّي، فإنّ للمدّعية الحقّ في إخراجها من الميراث لأنّ التّبنيّ ممنوع شرعاً وقانوناً. وعليه فإنّ قضاة الموضوع لما أيّدوا الحكم المستأنف القاضي برفض دعوى إبطال التّبنيّ، على أساس أنّ المتبنّي لم ينكر نسب الولد المتبنّي، قد أخطأوا في تطبيق القانون، ذلك أنّ دعوى إبطال التّبنيّ ليست كدعوى نفي النّسب. ومتى كان كذلك، استوجب نقض القرار المطعون فيه"⁽¹⁾.

ثانياً: الزّوجيّة كسبب موجب للميراث.

يقصد بالزّوجية العقد الصّحيح ولا يشترط في ذلك الدّخول، تشمل بذلك الزّوج والزّوجة، فإذا توفي أحدهما قبل الدّخول ورث الحيّ منهما الميّت لعموم آية التّوارث⁽²⁾، وقد أخذ بذلك المشرّع الجزائري من خلال إمكانية التّوارث، حتى لو لم يقع الدّخول وفقاً لنصّ المادة 130 التي نصّت على: "يوجب النّكاح التّوارث بين الزّوجين ولو لم يقع بناء".

على أنّ الزّوجة يمكن أن ترث زوجها حتى بطلاقه لها رجعيّاً متى كانت في فترة العدة، لأنّ الزّوجية لا تزال قائمة، سواء طلقها في صحّته أو مرضه، أمّا إذا طلقها طلاقاً بائناً وكان في صحّته، فإنّها لا ترثه ولو كانت وفاته في عدّتها، لعدم اتّهامه بالفرار من إرثها⁽³⁾.

أمّا إذا حدث الطّلاق في مرض الموت، بغرض الفرار من ميراثها فهذه الجزئية محلّ اختلاف بين الفقهاء، فوزّعها الحنفية⁽⁴⁾ مادامت في فترة عدّتها معاملة له بنقيض قصده، المتمثّل في حرمانه إيّاها من ميراثه، فإذا انقضت عدّتها فلا ترث، ورأى الشّافعية عدم ميراثها، لأنّ البينة قد قطعت الزّواج، أحد أسباب الميراث⁽⁵⁾، ورأى المالكية أنّها ترثه حتى بعد انقضاء عدّتها وزواجها بغيره⁽⁶⁾، ورأى الحنابلة أنّها ترثه حتى بانقضاء عدّتها مالم تتزوّج غيره⁽⁷⁾، حيث حكم عثمان بن عفّان بميراث "تماضر" زوجة عبد الرحمان بن عوف الذي طلقها

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية- (قرار صادر بتاريخ 1994/06/28 ملف رقم 122761 - عدد خاص. ص 155).

(2) وهبة الزحيلي . الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 377.

(3) مريم أحمد الداغستاني . الموارث في الشّريعة الإسلامية على المذاهب الأربعة. ص 9.

(4) ابن الهمام الحنفي ، فتح القدير شرح الهداية. ج 3 ص 150.

(5) النووي . روضة الطالبين وعمدة المفتين . ج 8 ص 112.

(6) القرافي . الذخيرة . ج 13 ص 14.

(7) ابن قدامة . المغني . ج 7 ص 177.

طلاقاً مكتملاً للثلاث في مرضه الذي مات فيه، وقال: "ما اهتمته- أي بأنه لم يتهمه بالفرار من حقها في الميراث- ولكن أردت السنة"، ولهذا ورد أن عبدالرحمان بن عوف قال: "ما طلقها ضرارا ولا فرارا"، يعني أنه لا ينكر ميراثها منه.

كما أن سيدنا عثمان بن عفان رضي الله عنه طلق امرأته وهو محاصر في داره، فلما قُتل جاءت إلى سيدنا علي وأخبرته بذلك. ففرض لها بميراثها منه وقال: "تركها حتى إذا أشرف على الموت فارقتها"⁽¹⁾.

بالإضافة إلى أنه لا توارث في الزواج الفاسد المتفق على فساد، كالزواج بغير شهود، وأيضا بالنسبة للزواج الباطل، كزواج المتعة حتى ولو تلاه خلوة أو دخول، لأن وجوده كعدمه؛ واختلفوا في التوارث في النكاح المختلف في فساد، كالنكاح بغير ولي، فبعضهم يجيز التوارث بين الزوجين وبعضهم يمنعه لمقتضى الفساد⁽²⁾. هذا وقد تكون الزوجة فائزة من توريث زوجها، إذا أقدمت على مفارقتها وهي في مرض الموت، كمن ارتدت وهي مريضة، وماتت وهي في العدة، فالزوج حينئذ يرثها معاقبة لها بنقيض قصدها، ولو مات قبلها لا ترثه، لأن من باشر الفرقة منهما لا يرث صاحبه⁽³⁾، وقد وضع قانون الأسرة الجزائري شرطين أساسيين لجعل الزوجية كسبب موجب للميراث وهما:

1- أن يكون الزواج صحيحا.

يكون العقد صحيحا متى جاء متطابقا مع ما اشترطه قانون الأسرة، ولا سيما المادة 9 التي نصت على: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، والمادة 9 مكررا التي نصت على: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية"، فمتى استكملت هذه العناصر عُدَّ العقد صحيحا، وبالتالي وجب التوارث بينهما، كما أن تقديم مُستخرج من عقد الزواج لا يعتبر دعوى تعسفية، أو طلبا جديدا في دعاوى الميراث، وهما تضمنته اجتهاد المحكمة العليا الذي نص على: "من المستقر عليه شرعا وقضاء، أن العلاقة الزوجية هي سبب من أسباب الميراث، وتستحق الزوجة الإرث بموت مورثها. ومن المعروف في القواعد الإجرائية أن تقديم مستخرج من عقد الزواج المبرم هو دليل من أدلة الإثبات وليس طلبا جديدا. ومتى ثبت- أن الطاعة- بعد وفاة زوجها الأول سنة 1957 ووفاة زوجها الثاني- أخ الزوج الأول- سنة 1959، فإنها تستحق المطالبة بتحديد مناهجها من تركة زوجها الأخوين ولا تعدّ دعاوها تعسفية، كما أن تقديمها لعقدي الزواج ليس طلبا جديدا- كما فهمه قضاة الموضوع - وإنما أدلة إثباتية لتدعيم الدعوى..."⁽⁴⁾.

غير أنه في صورة ما كان العقد باطلا فلا يقع التوارث بين الزوجين، طبقا للمادة 131 من قانون الأسرة

(1) السيد سابق . فقه السنة . ج 2 ص 278 و 279.

(2) وهبة الزحيلي . الفقه الإسلامي وأدلته . ج 10 ص 378.

(3) مريم أحمد الداغستاني . الموارث في الشريعة الإسلامية على المذاهب الأربعة . ص 9 و 10.

(4) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1993/04/27 ملف رقم 91664 - (المجلة القضائية لسنة 1994 . العدد الأول. ص 68).

الجزائري التي نصّت على: "إذا ثبت بطلان النكاح فلا توارث بين الزوجين"، على أنّ الزوج الفاسد لا ميراث فيه⁽¹⁾، كما أنّ عقد الزواج لا يبطل بسبب مرض الموت، وهو ما تبنته المحكمة العليا من خلال اجتهادها الذي نصّ على: "حيث جاء في القرارالمنتقد بأنّه لا يوجد أي نصّ في الشريعة يبطل عقد زواج المريض مرض الموت ومعنى هذا أنّه قد ثبت لقضاة الموضوع أنّ الزوج موضوع النزاع قد وقع فعلا في مرض الموت"⁽²⁾.

ويمكن حصر توارث الزوجين في حالات ثلاث تختلف باختلاف طبيعة عقد الزواج:

أ- الحالة الأولى: إذا ثبت أنّ الزوج صحيح، فيقع التوارث بينهما سواء تمّ الدخول أو لم يتم وذلك بمقتضى المادة 130 من قانون الأسرة الجزائري.

ب- الحالة الثانية: إذا ثبت بطلان الزواج، فلا يقع التوارث بينهما عملا بأحكام المادة 131 من قانون الأسرة الجزائري.

ج- الحالة الثالثة: إذا كان العقد فاسدا فيمكن التمييز بين جزئيتين:

- إذا تمّ الاتفاق على فساد عقد الزواج، كمن تزوّج امرأة ثم ثبت أنّها أخته، أو من تزوّج زوجة خامسة، فلا يقع التوارث بينهما.

- في حالة عقد الزواج المختلف في فساده، كالزواج دون وليّ أو زواج الشغار، فالتوارث جائز عند القائلين بصحة هذه الأنكحة⁽³⁾.

2- قيام الزوجية وقت وفاة المورث.

يشترط أيضا في الزوجية أن تكون قائمة حقيقة أو حكما، فالزوجية الحقيقية ثابتة باستمرارالعشرة بين الزوجين، وأمّا الحكمية منها فتتمثّل في الطلاق الرجعي، حيث لا تزال الزوجة في عصمة زوجها ما لم تنقض عدتها، فينتج على ذلك توارثهما، وهو الأمرالذي يفهم من فحوى المادة 132 من قانون الأسرة الجزائري التي نصّت على: "إذا توفّي أحد الزوجين قبل صدورالحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدّة الطلاق، استحقّ الحيّ منهما الإرث".

أمّا إذا انتهت العدّة فلا توارث بين الزوجين، إلّا إذا كان الزوج فارّا من ميراث زوجته بطلاقه إيّاها بغرض حرمانها من الميراث⁽⁴⁾.

كما أنّه إذا ثبت وقوع اللعان بين الزوجين فلا يقع التوارث بينهما، طبقا لنصّ المادة 138 من قانون

(1) الرعيبي أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي. مواهب الجليل لشرح مختصر خليل. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1995، ج 4 ص 114.

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية – قرار صادر بتاريخ 2001/05/23 ملف رقم 251656 – (المجلة القضائية لسنة 2002 . العدد الأول. ص 306 و 307).

(3) مسعود الهلالي. أحكام التركات والموارث في قانون الأسرة الجزائري. جسر للنشر والتوزيع ، المحمدية ، الجزائر، ط1، 2008 . ص 64.

(4) العربي بلحاج. أحكام الموارث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات، ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا. ص 97.

الأسرة الجزائري التي نصّت على: "يمنع من الإرث اللعان والردة"، وذلك تطبيقاً لقوله ﷺ: "المتلاعنان لا يجتمعان أبداً"⁽¹⁾، وتبنّت المحكمة العليا ذلك من خلال الاجتهاد الذي نصّ على: "إذا وقع اللعان يسقط نسب الولد، ويقع التحريم بين الزوجين"⁽²⁾.

الفرع الخامس: شروط الميراث.

حتى يتحقّق الميراث لا بدّ من تحقّق جملة من الشّروط⁽³⁾، ويشترط المشرّع الجزائري في الميراث جملة من الشّروط يمكن استنتاجها من خلال قانون الأسرة، وبالتحديد المادة 127 بنصّها على: "يستحقّ الإرث بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتاً بحكم القاضي"، والمادة 128 التي نصّت على: "يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيّاً أو حملاً وقت افتتاح التّركة، مع ثبوت سبب الإرث، وعدم وجود مانع من الإرث".

من خلال هاتين المادتين يمكن حوصلة أسباب الميراث فيما يلي:

أولاً: الشّروط الأولى: موت المورث.

إنّ موت المورث أمر لازم لتحقّق الميراث، فإذا لم يمت فلا ينتقل المال بطريق الميراث، لأنّ المال في هذه الحالة يعتبر ملكاً لشخصين ملكية تامّة تجعل لهما حقّ التصرف فيه، وحيازته، والانتفاع به في وقت واحد، لأنّ حقوق التملّك تمنع أحدهما من حيازة المال، والتصرف فيه وتعطي الآخر التمتع بهذه الحقوق⁽⁴⁾.

كما أنّه بموت الشّخص تنعدم أهليته للتملّك، فتنتقل أملاكه إلى خلفه ملكية استخلافية، فموت المورث هو الواقعة القانونية التي تؤدّي لافتتاح التّركة لتحديد نصيب كلّ وارث⁽⁵⁾، وهو ما سار عليه اجتهاد المحكمة العليا من خلال النصّ على: "من المقرّر شرعاً وقانوناً أنّ التّركة لا تفتح إلّا بعد وفاة المورث ليتحدّد نصيب كلّ وارث فيها"⁽⁶⁾، وعلى هذا فقسمة التّركة قبل الموت تصرف باطل، وفقاً للفقرة الثانية من المادة 92 من القانون المدني الجزائري التي نصّت على: "...غير أنّ التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه، إلّا في الأحوال المنصوص عليها في القانون"، فحرّم القانون التعامل في تركة إنسان لا يزال على قيد الحياة حتى برضاه، ورتّب جزاء ذلك البطلان المطلق، لأنّه يحمل معنى المضاربة على موت المورث،

(1) رواه أبو داود والدارقطني عن سهل بن سعد. (أنظر: أبوداود. سنن أبي داود. ج1. كتاب النكاح. باب في اللعان. الحديث رقم 2250. ص 683: الدارقطني. سنن الدارقطني. كتاب النكاح. الحديث رقم 114. ج 3 ص 275).

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1990/07/16 ملف رقم 76343 - (المجلة القضائية لسنة 1991. العدد الثالث. ص 77 و 78).

(3) الشّروط في اللغة جمعها شروط وشرائط، وأشراط السّاعة يعني علاماتها. (أنظر: الرازي. مختار الصحاح. ص 141)؛ وأمّا في الاصطلاح فالشّروط هو كلّ أمر ربط به غيره عدمه لا وجوداً، وهو خارج عن ماهيته. (أنظر: مصطفى أحمد الزرقا. الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد. المدخل الفقهي العام. ج1 ص 392).

(4) محمد الشحات الجندي. الميراث في الشريعة الإسلامية. ص 68.

(5) العربي بلحاج. أحكام الموارث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات، ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا. ص 103.

(6) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1993/09/28 ملف رقم 93703 - (المجلة القضائية. عدد خاص. ص 332).

والمُضاربة على حياة إنسان منافية للأداب، كما أنّ في هذا التّحريم حماية للوارث السّفيه من التصرف في الميراث الذي لم يؤلّ إليه بعد تصرفاً أرعنا، فيبدّد مالم يكّد في جمعه والاستخفاف بقيمته، على أنّ هذا المنع ليس مطلقاً كما هو الحال بالنّسبة الوصيّة⁽¹⁾، وقد يأخذ الموت صورتين:

1- الموت الحقيقي.

المقصود به هو انعدام الحياة بتوقّف الأعضاء عن العمل، لا سيما القلب والدّورة الدّموية عن العمل والرتّتين عن التنفّس توقّفاً نهائياً، والمعيار الرّئيسي لذلك هو توقّف الدّماغ عن العمل بصفة تامّة⁽²⁾، ويمكن إثبات واقعة الموت من خلال السّجلات المعدّة لذلك، فضلاً عن كلّ الوسائل الإثباتية الأخرى، كالمُعينة وشهادة الشّهود، وفقاً للمادة 26 من القانون المدني التي نصّت على: "تثبت الولادة والوفاة بالسّجلات المعدّة لذلك. وإذا لم يوجد هذا الدّليل، أو تبين عدم صحّة ما أدرج بالسّجلات، يجوز الإثبات بأية طريقة حسب الإجراءات التي ينص عليها قانون الحالة المدنية"، ومن أهمّ الآثار المترتبة على الموت الحقيقي، هو اعتداد زوجة الميت عدّة الموت، والمقدّرة شرعاً وقانوناً بأربعة أشهر وعشرة أيام، مصداقاً لقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ وَالَّذِينَ يَتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا...﴾⁽³⁾، وطبقاً للمادة 59 من قانون الأسرة الجزائري بنصّها على: "تعتدّ المتوفّى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام..."، على أنّ التّصريح بالوفاة يجب أن يتم خلال أجل قانوني حدّده القانون بموجب قانون الحالة المدنية، ولا سيما المادة 79 في فقرتها الثانية التي نصّت على: "...يجب أن يتمّ التّصريح بالوفاة في أجل أربع وعشرين ساعة ابتداء من وقت الوفاة..."⁽⁴⁾.

كما يعتبر تحديد مكان وفاة المورث ذا أهميّة بالغة، بغية تحديد الاختصاص الإقليمي للمحكمة النّازرة في قضية افتتاح التّركة، حيث يؤوّل الاختصاص في دعاوى التّركة إلى المحكمة التي يقع فيها موطن المتوفّى، حتى وإن كانت له أملاك خارج دائرة الاختصاص الإقليمي لهذه المحكمة، وفقاً للمادة 498 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي نصّت على: "يؤوّل الاختصاص في دعاوى التّركة إلى المحكمة التي يقع فيها موطن المتوفّى، حتى وإن وُجدت بعض أملاك التّركة خارج دائرة الاختصاص الإقليمي لهذه المحكمة، مالم ينصّ القانون على خلاف ذلك".

2- الموت الحكمي.

هو الموت الذي يكون بموجب حكم من القاضي، فهو ليس موتاً فعلياً ولكنّه يتقرّر من قبل المحكمة في

(1) علي علي سليمان. النّظرية العامّة للإلتزام مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري. ص 70.

(2) العربي بلحاج. أحكام الموارث في التّشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وفق آخر التّعديلات، ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا. ص 103 و 104.

(3) سورة البقرة. الآية 234.

(4) الأمر رقم (20-70) المتضمن قانون الحالة المدنية الصادر بتاريخ 19 فيفري 1970 (الجريدة الرّسمية، رقم 21 الصّادرة بتاريخ 27 فبراير 1970)، المعدّل والمتّمّم بالقانون (08-14) المؤرّخ في 9 غشت 2014 (الجريدة الرّسمية، رقم 49 الصّادرة بتاريخ 20 غشت 2014)، ص 281.

ظروف معينة، على أن يسبق الحكم بالموت حكم بالفقدان⁽¹⁾، ويمكن التمييز بين الغائب والمفقود؛ فالغائب هو شخص انقطعت إقامته مع تحقق حياته، كالمقيم في المهجر أو المسجون لمدة معينة، وله مركز قانوني مادامت حياته متأكدة، حيث يتم تعيين قيم من طرف المحكمة يتولى مباشرة حقوقه والتزاماته خلال فترة غيابه⁽²⁾.

وعرف المشرع الغائب من خلال المادة 110 من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على: "الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود"، على أن الحكم بفقدانه لا يصدر إلا بمرور سنة واحدة من الغياب. أما المفقود فعرفته المادة 109 من قانون الأسرة الجزائري بنصها على: "المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم".

من أهم النتائج المتمخضة على الحكم بفقدان شخص معين، أنه لا يزال حيا نظريا مالم يصدر حكم بوفاته، وعلى هذا الأساس لا تقسم أمواله، ويرث من غيره وإن لم يورث، لأن حياته هي الأصل الثابت قبل الحكم بموته، ويوقف له أفضل الأنصب⁽³⁾، وتبقى زوجته على ذمته لأنه حي مالم يصدر حكم بموته. أما بصدور الحكم القاضي بموت المفقود، فيكون ذلك بحسب الحالة، أي التمييز بين الحالة العادية والحالة الاستثنائية، وفقا للمادة 113 من قانون الأسرة الجزائري: "يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري، وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات".

ينتج عن ذلك توزيع أمواله بين ورثته، مادام في عداد الموتى بموجب الحكم القضائي وذلك عملا بأحكام المادة 115 من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على: "لا يورث المفقود ولا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته، وفي حالة رجوعه أو ظهوره حيا يسترجع ما بقي عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها"، ويمكن لزوجته بعد انقضاء عدتها الزواج بغيره.

ثانيا: الشرط الثاني: تحقق حياة الوارث وقت موت المورث.

تضمنت هذا الشرط المادة 128 من قانون الأسرة، بنصها على: "يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة، مع ثبوت سبب الإرث، وعدم وجود مانع من الإرث"، فواضح اشتراط حياة الوارث لثبوت ميراثه، لكن ما يؤخذ على هذه المادة أنها اشترطت أن يكون الوارث حيا وقت افتتاح التركة، والصحيح أن تتحقق حياة الوارث وقت موت المورث وليس وقت افتتاح التركة، على أن حياة المورث قد تكون حقيقية أو تقديرية (حكمية).

(1) فريدة محمدي (زاوي). المدخل للعلوم القانونية نظرية الحق. ص 60.

(2) إسحاق إبراهيم منصور. نظريتنا القانون والحق. ص 219.

(3) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 525.

1-الحياة الحقيقية.

هي الحياة التي يمكن التحقق منها من خلال المعاينة وشهادة الشهود، ويتم إثباتها من خلال سجلات الحالة المدنية المعدة لذلك، على أن حياة الشخص تبدأ بميلاده حيا، وفقا لنص المادة 25 من القانون المدني الجزائري "تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته"، ومن ذلك فالمفقود لا يرث غيره أثناء فقده، وذلك لأن حياته وقت موت مورثه غير ثابتة ومحقة⁽¹⁾، فالحياة الحقيقية هي الحياة المستقرة الثابتة للإنسان المشاهدة له بعد موت المورث⁽²⁾.

2-الحياة التقديرية.

ترتبط الحياة التقديرية بالحمل الذي يعتبر وارثا بالرغم من عدم تحقق حياته، بشرط أن يولد حيا حتى وإن مات بعد ميلاده بلحظات⁽³⁾، على أن يولد في المدة المقررة شرعا وفقا لنص المادة 42 من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على: "أقل مدة الحمل ستة (6) أشهر وأقصاها عشرة (10) أشهر"، ويعتبر الحمل حيا متى استهل حياته بعلامة من علامات الحياة وفقا لنص المادة 134 من قانون الأسرة "لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا، ويعتبر حيا إذا استهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة"، وعلى هذا الأساس إذا وُلد الحمل مراعيًا جملة الشروط ولاسيما خلال المدة الشرعية، أخذ نصيبه من الميراث، وفقا لنص المادة 173 من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على: "يوقف من التركة للحمل الأكثر من حظ ابن واحد أو بنت واحدة إذا كان الحمل يشارك الورثة أو يحجبهم حجب نقصان، فإن كان يحجبهم حجب حرمان يوقف الكل ولا تقسم التركة إلى أن تضع الحامل حملها"، فإذا وُلد الحمل ميتا أخرج المدة المحددة فإنه لا يرث.

ثالثا: الشرط الثالث: إنعدام موانع الميراث.

لقد اشترط المشرع الجزائري لاستحقاق الميراث أن يخلو الوارث من مانع من موانع الميراث⁽⁴⁾، فيقصد بذلك تلك الأوصاف المحددة التي رتب الشارع على وجودها انتفاء الميراث، فالمطلوب فيها التزام سلبى بخلو الميراث من الموانع، على العكس من الأسباب والأركان التي يجب أن تتوفر في الميراث⁽⁵⁾.

فالمانع في الميراث هو وصف يقوم بالشخص، فيحرمه من الميراث مع وجود أسبابه وتحقق شروطه، على أن الشخص الذي لحقه هذا الوصف يسمى: الممنوع أو المحروم من الإرث ولا يؤثر على ميراث غيره⁽⁶⁾.

بالرجوع إلى النظرة الفقهية بشأن موانع الميراث فذلك محل اختلاف بين الفقهاء، على أنهم اتفقوا على

(1) العربي بلحاج. أحكام الموارث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات، ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا. ص 108.

(2) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 381.

(3) مسعود الهلالي. أحكام التركات والموارث في قانون الأسرة الجزائري. ص 70.

(4) يقصد بالمانع في اللغة الحائل والحاجز، (أنظر: إسماعيل بن حماد الجوهري. الصحاح؛ تاج اللغة وصحاح العربية ج 4 ص 260)، وأما في الاصطلاح هو "كل ما يستلزم وجوده انتفاء غيره"، (أنظر: مصطفى أحمد الزرقا. الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد. المدخل الفقهي العام. ج 1 ص 374).

(5) محمد الشحات الجندي. الميراث في الشريعة الإسلامية. ص 73.

(6) مسعود الهلالي. أحكام التركات والموارث في قانون الأسرة الجزائري. ص 72.

ثلاثة موانع هي: الرّق والقتل واختلاف الدّين واختلفوا في غيرها⁽¹⁾.

بالرّغم من الاختلافات الجديّة في موانع الميراث من مذهب لآخر، فقد تمّ جمعها في عبارة "عش لك رزق" على أنّ كلّ حرف من هذه العبارة يرمز لمانع من الموانع؛ العين: عدم الإستهلال، الشّين: الشّك في الأسبقية في الموت، اللّام: اللّعان، الكاف: الكفر، الرّاء: الرّق، الزّاي: الرّنا، القاف: القتل، ويمكن التّفصيل في كلّ مانع وفقا للتّفصيل التّالي:

1- عدم الإستهلال.

تضمّن المشرّع الجزائري هذا المانع في صلب المادة 134 من قانون الأسرة بنصّها على: "لا يرث الحمل إلّا إذا ولد حيّا، ويُعتبر حيّا إذا استهلّ صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة"، وعلى هذا الأساس يعتبر عدم نزول الجنين من بطن أمّه حيّا، مانعا من موانع الميراث، وبالمفهوم المخالف يثبت له الإرث متى وُلد حيّا، وذلك من خلال إحدى العلامات التي توجي ببدء حياته، كالبكاء أو الصّراخ أو العطاس أو التّثاؤب وغيرها وذلك محلّ اتّفاق بين الفقهاء⁽²⁾.

2- الشّك في أسبقية الموت.

تضمّن هذا المانع قانون الأسرة الجزائري في مادّته 129 بنصّها على: "إذا توفي إثنان أو أكثر ولم يُعلم أيّهم هلك أولا فلا استحقاق لأحدهم في تركة الآخر سواء كان موتهم في حادث واحد أم لا"، وعلى هذا الأساس فإنّه في صورة ما توفي جماعة تربط بينهم علاقة قرابة أو زوجيّة، ولم يُعرف ترتيب موتهم أي من الأسبق في الوفاة بسبب نفس الحادث أو مُصاب، كالغرق في سفينة، والهدمى جزاء تهدّم بناء والقتلى والحرقي في الحروب أو في حوادث السّير وغير ذلك، فإنّهم لا يرثون بعضهم⁽³⁾، ولقد وافق المشرّع الجزائري بذلك رأي الجمهور حيث وافق رأيه المالكية وبعض الحنفية والشافعية⁽⁴⁾، وهو رأي أبو بكر الصّدق وعمر بن الخطاب وزيد بن ثابت وعلي وعمر بن عبد العزيز، فيجعل ميراث كلّ واحد منهم لورثته الأحياء، وبذلك قضى زيد في قتلى اليمامة حين بعثه أبو بكر لقسمة ميراثهم، وبه قضى زيد كذلك في الذين هلكوا في طاعون عمواس حين بعثه عمر بن الخطّاب لقسمة ميراثهم، ونُقِل أيضا عن علي رضي الله عنه أنّه قضى به في قتلى الجمل وصقّين⁽⁵⁾، وهذا على على اعتبار أنّ الميراث ينبني على اليقين لا على الشّك.

لقد ساءرت المحكمة العليا هذا النّسق من خلال النّص على أنّ معرفة وقت وفاة المورث يعدّ عاملا

(1) وهبة الزحيلي . الفقه الإسلامي وأدلته . ج 10 ص 382.

(2) رأى بعض المالكية أنّه لا يقوم مقام الصّراخ الحركة والعطاس في المذهب إلّا أن يطول ويرضع، (أنظر: بن جزي. القوانين الفقهية. ص 582؛ ابن قدامة. المغني. ج 10 ص 546؛ الزيلعي. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق. ج 6 ص 241؛ الشّريبي. مغني المحتاج. ج 2 ص 241).

(3) العربي بلحاج. أحكام الموارث في التّشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وفق آخر التّعديلات، ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا. ص 110.

(4) الدّردير. الشّرح الصغير. ج 4 ص 715؛ ابن عابدين. حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة. ج 6 ص 798؛ الشافعي. الأم . ج 5 ص 240.

(5) السرخسي. المبسوط. ج 30 ص 27.

جوهريا في الإرث، وفقا للنص الاجتهادي الذي جاء كما يلي: "من المقرّر قانونا أنّه" إذا توفي إثنان أو أكثر ولم يُعلم أيّهم هلك أولا، فلا استحقاق لأحدهم في تركة الآخر سواء كان موتهم في حادث واحد أم لا. والثابت -في قضية الحال- أنّ الطّاعن لم يثبت مزاعمه بدليل إذا كان والده وجدّه قد توفيّا في وقت واحد حتى لا يرث أحدهما الآخر وأنّ قضاة الموضوع بقضائهم بتأييد الحكم المستأنف القاضي برفض الدّعى طَبّقوا القانون تطبيقا صحيحا. ومتى كان كذلك استوجب رفض القرار المطعون فيه"⁽¹⁾.

3- اللّعان.

جعل المشرّع الجزائري اللّعان⁽²⁾ مانعا من موانع الإرث، وذلك بموجب المادة 138 من قانون الأسرة التي نصّت على: "يمنع من الإرث اللّعان والردّة"، وما يؤخذ على هذه المادة أنّها جاءت عامّة، ولم تبيّن آثار اللّعان على الزّواج وعلى الميراث، فتقول الزّوجة: أشهد بالله إنّّه لكاذب فيما يرميها به من الزّنا، وتكرّر ذلك أربع مرّات، ثمّ تقول: إنّ غضب الله عليها إن كان من الصّادقين⁽³⁾.

ويترتّب على اللّعان الفرقة بين الزّوجين فرقة أبدية وتكون الحرمة بينهما، وبالتالي لا يمكن للمُلاعِن أن يتزوَّج مرّة أخرى بالمرأة التي لاعنها مصداقا لقوله ﷺ: "المتلاعنان إذا تفرقا لا يجتمعان أبدا"⁽⁴⁾.

بالإضافة إلى انفصام عرى الزّوجية بين المتلاعنين، يثبت عدم ميراث كلّ منهما للآخر، فضلا على أنّ ولد اللّعان لا يرث الرّجل المُلاعِن، ولا يرث أحدا من أقاربه، ولا يرثه أحد منهم لانتفاء رابطة القرابة الموجبة للتّوارث⁽⁵⁾، كما أنّه وباتّفاق الفقهاء يرث من أمّه وأقاربها، وهم الإخوة لأُم بالفرض، وترث منه أمّه وإخوته من من أمّه فرضا، غير أنّ الخلاف يكون في ميراثها عنه، فرأى الإمام أحمد بن حنبل في رواية أنّ أمّ ولد اللّعان ترثه باعتبارها عصبه له، لأنّه لا يوجد عصبه غيرها فتأخذ المال كلّّه فإذا لم توجد فعصبته حسب ترتيب الميراث، بينما رأى الجمهور أنّها ترث منه كما يرث منها مع مراعاة الاختلافات الواردة في تفصيل طريقة الميراث⁽⁶⁾، وهذا ثابت من خلال الحديث المروي عن جابر أنّ مكحول قال: جعل رسول الله ﷺ ميراث ابن الملاعنة لأمه ولورثتها من بعدها⁽⁷⁾، وللحديث المروي، عَنْ وَائِلَةَ بِنِ الْأَسْقَعِ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ: الْمَرْأَةُ تَحْرُرُ ثَلَاثَ

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية – قرار صادر بتاريخ 1999/04/16 ملف رقم 219318 – (المجلة القضائية لسنة 2000 . العدد الثاني. ص 183).

(2) اللّعان في اللّغة من الفعل لعن، يقال لعنه بمعنى طرده وأبعده وسبّه. (أنظر: أحمد بن محمد بن علي الفيومي. المصباح المنير. ص 569)، وأمّا في الاصطلاح فهو حلف زوج مسلم مكلف على زنا زوجته أو نفي حملها منه وحلفها على تكذيبه أربعاً بحكم الحاكم، أنظر: الدردير. الشّرح الصغير. ج 2 ص 657 و 658).

(3) عبد الرّحمان الجزيري. الفقه على المذاهب الأربعة. ج 5 ص 95.

(4) الدارقطني. سنن الدارقطني. كتاب النّكاح. باب المهر. الحديث رقم 116. ج 3 ص 276.

(5) مسعود الهلالي. أحكام التّركات والميراث في قانون الأسرة الجزائري. ص 77.

(6) بن جزي. القوانين الفقهية. ص 582؛ ابن عابدين. حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبوحنيفة. ج 5 ص 618؛ ابن قدامة. المغني. ج 7 ص 114؛ الشّريفي. مغني المحتاج. ج 3 ص 367.

(7) رواه أبو داود (أنظر أبو داود. سنن أبي داود. كتاب الفرائض. باب ميراث ابن الملاعنة. الحديث رقم 2907. ج 2 ص 139).

ثَلَاثَ مَوَارِيثَ: عَتِيقَهَا، وَلَقِيْطَهَا، وَوَلَدَهَا الَّذِي لَاعَنْتَ عَلَيْهِ⁽¹⁾.

4- الكفر.

يعتبر الكفر من موانع الإرث⁽²⁾، وباتفاق أئمة المذاهب الأربعة فإنه مانع من موانع الإرث، فلا توارث بين المسلم والكافر ولا العكس، أيًا كان السبب بالقرابة أو الزوجية، للحديث عَنْ أُسَامَةَ بْنِ زَيْدٍ، رَفَعَهُ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ قَالَ: "لَا يَرِثُ الْمُسْلِمُ الْكَافِرَ، وَلَا الْكَافِرُ الْمُسْلِمَ"⁽³⁾، فالكفر بمفهومه الواسع يشمل اختلاف الدين والردة، ولذلك وجب تفصيل كل جزئية :

أ- اختلاف الدين: ينصرف معنى هذا المانع في أَنَّ ديانة المورث تختلف عن ديانة الوارث ويندرج في هذا النطاق:

- ميراث المسلم من الكافر أو العكس: إتفق الفقهاء أن ميراث المسلم من الكافر، وميراث الكافر من المسلم لا يقع، وقال بعكس ذلك كل من: معاذ ومعاوية والحسن وابن الحنفية ومحمد بن علي بن الحسين ومسروق رضي الله عنهم إلى أن المسلم يرث من الكافر، ولا يرث منه⁽⁴⁾، لأن الميراث يبنى على أساس الولاء والنصرة ولا ولا ولا لكافر على مسلم⁽⁵⁾، وفي هذا السياق ذهب المحكمة العليا من خلال نصّها على: "من المقرّر قانوناً أن يرجع القاضي لأحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد فيه نص في قانون الأسرة. ومن الثابت شرعاً: أن لا يرث الكافر المسلم ولا المسلم الكافر ولا يتوارث أهل الملتين شيئاً". ولما تبين - من قضية الحال - أن الطاعن لم يعتنق الإسلام مادام لم يتلفظ بالشهادتين أمام الجهة المؤهلة لذلك. إلا بعد وفاة أمّه المسلمة، فإنه لا توارث بينهما، مثلما ذهب إليه قضاة الموضوع في قرارهم، ويتعين بذلك رفض الطعن"⁽⁶⁾.

(1) رواه أصحاب السنن: (أنظر ابن ماجة. سنن ابن ماجة. كتاب الفرائض. بَابُ تَحْرِيزِ الْمَرْأَةِ ثَلَاثَ مَوَارِيثَ. الحديث رقم 2742. ج 4 ص 42؛ أبو داود . سنن أبي داود. كتاب الفرائض. باب ميراث ابن الملاعنة. الحديث رقم 2906. ج 2 ص 139؛ النسائي. سنن النسائي الكبرى. كتاب الفرائض. ميراث ولد الملاعنة. الحديث رقم 5489. ج 4 ص 78؛ الترمذي. سنن الترمذي. كتاب الفرائض. باب ما جاء ما يرث النساء من الولاء. الحديث رقم 2115. ج 4 ص 429) ورواه أحمد (أنظر: أحمد بن حنبل. مسند الإمام أحمد بن حنبل. الحديث 17022. ج 4 ص 106).

(2) الكفر في الاصطلاح ستر نعمة المنعم بالجحود، أو بعمل هو كالجحود في مخالفة المنعم. (أنظر: الجرجاني أبو بكر بن عبد الرحمن بن محمد. التعريفات. ص 80).

(3) رواه الجماعة إلا النسائي: (أنظر: البخاري. صحيح البخاري. كتاب الفرائض. بَابُ لَا يَرِثُ الْمُسْلِمُ الْكَافِرَ وَلَا الْكَافِرُ الْمُسْلِمَ وَإِذَا أَسْلَمَ قَبْلُ أَنْ يُقَسَمَ الْمِيرَاثُ فَلَا مِيرَاثَ لَهُ. الحديث رقم 6764. ج 8 ص 156؛ مسلم . صحيح مسلم. كتاب الفرائض. باب لا يرث المسلم الكافر ولا يرث الكافر المسلم. الحديث رقم 1614. ج 2 ص 1233؛ ابن ماجة. سنن ابن ماجة. كتاب الفرائض. بَابُ مِيرَاثِ أَهْلِ الْإِسْلَامِ مِنْ أَهْلِ الشِّرْكِ. الحديث رقم 2729. ج 4 ص 31؛ أبو داود . سنن أبي داود . كتاب الفرائض . باب هل يرث المسلم الكافر. الحديث رقم 2909. ج 2 ص 140؛ الترمذي. سنن الترمذي. كتاب الفرائض. باب ما جاء في إبطال الميراث بين المسلم والكافر. الحديث رقم 2107. ج 4 ص 423؛ ورواه أحمد (أنظر: أحمد بن حنبل. مسند الإمام أحمد بن حنبل. الحديث 21795. ج 5 ص 200).

(4) وهبة الزحيلي . الفقه الإسلامي وأدلته . ج 10 ص 390.

(5) محمد محده. التركات والموارث دراسة مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية. دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ط1. 2004. ص 88.

(6) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية – قرار صادر بتاريخ 1995/07/25 ملف رقم 123051 – (المجلة القضائية لسنة 1996. العدد الأول. ص 113).

- التوارث بين غير المسلمين: ظهر خلاف بين الفقهاء في إمكانية توارث غير المسلمين فيما بينهم، فقال المالكية ووافقهم الحنابلة⁽¹⁾، أنه لا يمكن أن يتوارث أهل ملتين مختلفتين إذا اختلفت ديانتهم، بمعنى لا يمكن أن يرث الكافر الكافر إذا اختلف دينهما، فلا يرث اليهودي النصراني ولا العكس، لأن لكل منهما ديناً مختلفاً عن الآخر، بينما رأى الحنفية والشافعية⁽²⁾ أن الكفر ملّة واحدة، وعلى هذا الأساس يمكن أن يرث الكافر الكافر بصرف النظر عن ديانتهم، وذلك مصداقاً لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا الْيَهُودَ وَالنَّصَارَى أَوْلِيَاءَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ وَمَنْ يَتَوَلَّهُمْ مِنْكُمْ فَإِنَّهُ مِنْهُمْ إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الظَّالِمِينَ﴾⁽³⁾ وقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ...﴾⁽⁴⁾ فدل ذلك أن ملل الكفر إنما هي واحدة، ولأن ملل الكفر واحدة في نظر الإسلام.

بالرجوع إلى قانون الأسرة في شأن ميراث الكفار من بعضهم فلم يرد نص صريح في هذا الشأن، وبالتالي يمكن الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية واختيار أحد الآراء الفقهية في ذلك، وإن كان رأي المالكية والحنابلة أبلغ وأكثر حزمًا.

ب- الردّة: المرتدّ هو الزّاجع عن الإسلام باختياره وبمحض إرادته، فلا دين له حيث لا يقَرّ على رَدّته ولا على دينه الذي انتقل إليه، ولا تطبّق عليه أحكام هذا الدين، وحكمه أن يمهل ثلاثة أيام للعودة لدينه أي يُستتاب وإلا قُتِل⁽⁵⁾، واختلف الفقهاء في جزائه حيث رأى جمهور العلماء المالكية والشافعية والحنابلة، أن لا فرق في العقوبة للرجل أو المرأة، بينما خالفهم الحنفية في أن المرأة لا تُقتل بل تُحبس حتى تتوب أو تموت⁽⁶⁾. بخصوص ميراث المرتدّ ففيه اختلاف بين الفقهاء، حيث رأى الحنفية أن ما للمرتدّ بعد إسلامه يكون محلّ ميراث من ورثته المسلمين، وما اكتسبه بعد الردّة يكون لبيت مال المسلمين، بينما المرتدّة مالها كلّ لورثتها المسلمين⁽⁷⁾، بينما رأى الجمهور أن المرتدّ لا يرث ولا يورث، شأنه في ذلك شأن الكافر الأصلي، فيكون ماله كلّ لبيت المال سواء اكتسبه في الإسلام أو في الردّة، لأنّه أصبح حرباً على المسلمين إن مات مرتدّاً، وإلاّ فماله موقوف فإن عاد للإسلام فله ماله⁽⁸⁾.

من خلال الرجوع إلى منحنى المشرع الجزائري بهذا الخصوص فإنّه نصّ على الردّة كإطار عام من خلال المادة 138 من قانون الأسرة التي نصّت على: "يمنع من الإرث اللعان والردّة"، وبالرجوع إلى الاختلافات الفقهية

(1) بن جزي . القوانين الفقهية. ص 581؛ المرادوي . الإنصاف . ج 7 ص 350 .

(2) السرخسي . المبسوط . ج 30 ص 32؛ الشافعي . الأم . ج 4 ص 72 .

(3) سورة المائدة . الآية 51 .

(4) سورة الأنفال . الآية 73 .

(5) محمد مصطفى شلي . أحكام الموارث بين الفقه والقانون . دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1978، ص 92 و 93 .

(6) القرافي . الذخيرة . ج 3 ص 404؛ الدمياطي . حاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين لشرح قرة العين بمهمات الدين . ج 4 ص 139؛ الحجاي . الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل . ج 4 ص 301؛ السرخسي . المبسوط . ج 7 ص 19 .

(7) الكاساني . بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع . ج 7 ص 138 .

(8) الدردير . الشرح الصغير . ج 4 ص 437؛ ابن قدامة . المغني . ج 7 ص 175؛ الشيرازي . المهذب في فقه الإمام الشافعي . ج 2 ص 223 .

فيمكن الجزم بأن الردّة أشدّ وقعا من اختلاف الدّين، ولذلك وجب التصدي لها، والأخذ برأي الجمهور القائل بعدم إمكانية ميراث المرتدّ في الإتجاهين، وأيلولة ماله إلى الخزينة العامة لا سيما في ظلّ حالات التنصير المتزايدة بالجزائر، وحسنا فعلت المحكمة العليا من خلال اجتهداها القاضي بالحرمان من الميراث لشخص لم يتلقّظ بالشهادتين إلّا بعد موت مورثته⁽¹⁾.

5- الزّنا.

ولد الزّنا هو الولد الذي أتت به أمّه من نكاح غير شرعي أو نتيجة معاشرة محرّمة، أي ولد غير شرعي⁽²⁾، ويترتب على ذلك عدم ثبوت نسبه للرجل الذي تكوّن في رحم أمّه من نطفته، لانتفاء مشروعية الزّواج طبقا لنصّ المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري التي نصّت على: "يثبت النسب بالزّواج الصحيح...."، وأيضا المادة 41 بنصّها على: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزّواج شرعيا وأمكن الإتّصال ولم ينفه بالطّرق المشروعة"، وينتفي ثبوت نسب الولد حتى بإقراره أنّه ابنه من الزّنا، ولا يقع التّوارث بين ولد الزّنا والرجل الذي عاشراً ولد الزّنا ولا من أقاربه، ولا يرثهم؛ على أن يرث ابن الزّنا أمّه وأقاربها ويرثونه أيضا، وإن كانا توأمين فهما ليسا شقيقين بل أخوين لأم، لانتفاء نسبهما أو رابطة الأبوة⁽³⁾، وفي هذا الشأن قال ابن حزم: "وَوَلَدُ الزَّانِي يَرِثُ أُمَّهُ، أُمُّهُ، وَتَرِثُهُ أُمُّهُ، وَلَهَا عَلَيْهِ حَقُّ الْأُمُومِيَّةِ مِنْ: الْبَرِّ، وَالنَّفَقَةِ، وَالتَّحْرِيمِ، وَسَائِرِ حُكْمِ الْأُمَّهَاتِ: وَلَا يَرِثُهُ الَّذِي تَخَلَّقَ مِنْ نُطْفَتِهِ، وَلَا يَرِثُهُ هُوَ، وَلَا لَهُ عَلَيْهِ حَقُّ الْأُبُوَّةِ لَا فِي بَرٍّ، وَلَا فِي نَفَقَةٍ، وَلَا فِي تَحْرِيمٍ، وَلَا فِي غَيْرِ ذَلِكَ، وَهُوَ مِنْهُ أَجْنَبِيٌّ، وَلَا نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا إِلَّا فِي التَّحْرِيمِ فَقَطُّ"⁽⁴⁾.

لقد تأثر المشرع الجزائري بهذا الطّرح وجعل الزّواج المشروع وما يترتب عليه من نسب صحيح موجبا للتّوارث بين الزوجين.

6- القتل.

القتل هو إزهاق روح إنسان معصوم الدّم بطريق مباشر أو بالتّسبيب، على أن يكون ذلك بطريقة عمدية أو بغير ذلك⁽⁵⁾، واتفق الفقهاء على أنّ القتل مانع من موانع الميراث، وأنّ القاتل لا يرث قتيله، لأنّه استعجل ميراثه قبل أوانه فيعاقب بالحرمان ممّا قصد⁽⁶⁾، ودليلهم في ذلك هو الحديث عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية – قرار صادر بتاريخ 1995/07/25 ملف رقم 123051 – (المجلة القضائية لسنة 1996 . العدد الأول. ص 113).

(2) العربي بلحاج. أحكام الموارث في التّشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وفق آخر التّعديلات، ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا. ص 405، ويمكن التفرقة بين ولد الزّنا وولد اللعان، إلى أنّ الأخير ولد على فراش زوجية صحيحة ونفى أبوه (الزّوج) صحّة نسبه، ولاعن زوجته بأن قذفها بالزّنا فيفرّق بينهما؛ بينما ولد الزّنا هو نتيجة علاقة غير مشروعة.

(3) محمد مصطفى شلي. أحكام الموارث بين الفقه والقانون. ص 360 وما بعدها.

(4) ابن حزم. المحلى. ج 9 ص 302.

(5) محمد مصطفى شلي. أحكام الموارث بين الفقه والقانون. ص 82.

(6) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 387.

﴿قَالَ : الْقَاتِلُ لَا يَرِثُ﴾⁽¹⁾.

لقد اختلف الفقهاء اختلافات جوهرية بشأن نوع القتل المانع من الميراث، فرأى الحنفية أنّ القتل المانع هو القتل المستوجب للقصاص أو الكفارة مع الدية⁽²⁾، وأمّا الحنابلة فقد جعلوا القتل المانع من الميراث ذلك الذي يستوجب القصاص أو الدية أو الكفارة، والمقصود بذلك القتل المباشر أو بالتسبيب، فهو القتل بغير حق⁽³⁾، وذهب الشافعية إلى أنّ القتل يمنع بصفة مطلقة الميراث، سواء كان عمداً أو خطأ بطريقة مباشرة أو بالسببية، وسواء كان القتل بحق أو بغير حق⁽⁴⁾، وأمّا المالكية فقالوا بأنّ القتل المانع من الميراث هو الذي ينصبّ على العمد والعدوان، سواء كان القاتل أصلياً أو شريكاً أو شاهد زور، أدّت شهادته للحكم بالإعدام على المورث، ومن ثمّ التّنفيد فيه، فالقاتل العمد لا يرث من دية المقتول الذي قتله، ولا من ماله، كما ولا يحجب القاتل أحداً من الورثة⁽⁵⁾، والمقصود بالقتل العمد هو توقّر القصد الإجرامي من مكلف ومن دون داعٍ جديّ لذلك الفعل بطريق مباشر أو التسبّب أو التّحريض⁽⁶⁾.

بالرجوع إلى مسلك المشرّع الجزائري بخصوص هذه الاختلافات الفقهية، فإنّه اقتضى أثر السّادة المالكية من حيث التّفصيل المتعلّقة بالقتل كمانع من موانع الميراث، ولا سيما المادة 135 من قانون الأسرة التي نصّت على: "يمنع من الميراث الأشخاص الآتية أوصافهم: 1- قاتل المورث عمداً وعدواناً سواء كان القاتل فاعلاً أصلياً أو شريكاً، 2- شاهد الزور الذي أدّت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه، 3- العالم بالقتل أو تدبيره إذا لم يخبر السّلاطات المعنية"، ومن هذا المنطلق فطريقة القتل غير مهمّة بقدر ما يهتمّ توافر القصد أو عدمه، فإذا كان القصد ناقصاً لصغر في السنّ أو خفة عقل، فإنّه لا يمنع من الميراث؛ فيشترط في القاتل أن يكون عاقلاً بالغاً أمّا الصّبي فعمره كالخطأ وكذلك المجنون⁽⁷⁾، ويلاحظ أنّ المشرّع قد توسّع في مسبّبات قتل المورث حتى بالطّرق الغير مباشرة.

بالمفهوم المخالف لنصّ المادة فإنّ القتل الغير عمدي لا يؤدّي لمنع القاتل من ميراث ضحيّته، طالما أنّ القتل لم يكن عمداً أو عدواناً، فمن قتل مورّثه الباغي يرث منه⁽⁸⁾، فضلاً على أنّ المادة 136 قد ربّبت نتيجة غاية في الأهمية -اقتداء بالسّادة المالكية- تتمثّل في محو أثر وجود القاتل من الميراث، وعدم تأثيره على ميراث

(1) رواه أحمد وأصحاب السنن إلا النسائي. (أنظر: الترمذي. سنن الترمذي. كتاب الفرائض. باب ما جاء في إبطال ميراث القاتل. الحديث رقم 2109. ج 4 ص 424؛ ابن ماجه. سنن ابن ماجه. كتاب الفرائض. باب القاتل لا يرث. الحديث رقم 2645. ج 3 ص 662؛ الدارقطني. سنن الدارقطني. كتاب الفرائض والسير وغير ذلك. الحديث رقم 86. ج 4 ص 96).

(2) السرخسي. المبسوط. ج 30 ص 47.

(3) ابن قدامة. المغني. ج 7 ص 163.

(4) الشيرازي. المهذب في فقه الإمام الشافعي. ج 2 ص 24.

(5) الدسوقي. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. ج 4 ص 486.

(6) العربي بلحاج. أحكام الموارث في التّشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وفق آخر التّعديلات، ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا. ص 114.

(7) محمد محده. التراكات والموارث دراسة مدعّمة بالقرارات والأحكام القضائية. ص 87.

(8) الدسوقي. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. ج 4 ص 486.

الورثة الآخرين أيًا كان موضعهم في المسائل الميراثية، وهوما نصّت عليه المادة 136 بنصّها على: "الممنوع من الإرث للأسباب المذكورة أعلاه لا يحجب غيره"، وهو ما تضمّنه اجتهاد المحكمة العليا من خلال نصّها على: "من المقرّر قانوناً أنّ قاتل المورث عمداً، والممنوع من الإرث شرعاً لا يحجب غيره". ولما تبين في قضية الحال- أنّ القاتل هو والد الطّاعن- في القضية الزّاهنة- وإذا كان الأب هو القاتل، فإنّ الابن لا يحرم من الميراث كعاصب لأنّ والده لا يحجبه طبقاً لأحكام المادة 136 من قانون الأسرة. وعليه فإنّ قضية الموضوع لما اعتبروا الطّاعن محجوباً حجب حرمان بسبب القتل الذي قام به والده، فإنّهم أخطأوا في تطبيق القانون ممّا يستوجب نقض القرار المطعون فيه⁽¹⁾.

من خلال استعراض رأي المشرّع الذي أخذ بتفصيل الملكية فإنّ القتل الذي لا يمنع من الميراث هو القتل بحقّ كأن يقتل الشّخص مورثه قصاصاً أو حدّاً، وكذا القتل العمد غير العدوان كمن يقتل مورثه إذا كان من البغاة، وأيضا القتل بعذر كمن يقتل مورثه عند مجازة حدود الدّفاع الشرعي، وكذا القتل الخطأ⁽²⁾. فضلاً على أنّ القاتل يرث من مال المقتول دون التّعويض أو الدّية، وفقاً لنصّ المادة 137 التي نصّت على: "يرث القاتل خطأً من المال دون الدّية أو التّعويض"، كما ولا يرث قاتل الجنين من ديتّه وهي الغرّة وذلك باتّفاق العلماء أيّا كان، ولا سيما إذا كان أبوه أو أمّه، فعلى من أسقط الجنين الغرّة ولا يرث من دية الجنين شيئاً، لأنّ القاتل لا يرث من الدّية ويرثها باقي الورثة، كما وجرى الاختلاف حول ميراث الجنين الذي ينطوي عليه هذا الحكم، حيث قال الحنفية أنّه يرث ويورث لأنّ له حياة تقديرية وقت الجناية التي مات بسببها، وأمّا الجمهور فذهبوا إلى أنّه لا يرث مالم تتحقّق حياته ولا يورث عنه سوى الغرّة⁽³⁾.

الفرع السادس: الحكمة من توارث الزوجين.

جعلت الشّريعة الإسلامية الزوجية سبباً جوهرية في التّوارث، وذلك بغية تعميق العلاقة بين الزوجين حتى بانقضاء أو اصرار العلاقة بينهما بسبب الوفاة، فترتّب ميراث كلّ منهما للآخر، مكافأة لحقّ العشرة التي كانت بينهما أثناء الحياة، ويمكن إبراز حكمة التّوارث بين الزوجين في الاتّجاهين كما يلي:

أولاً: حكمة ميراث الزّوجة من الزّوج.

1- قد تُسهم الزّوجة في تكوين الثّروة الزوجية التي اكتسبها الزّوج أثناء حياته، أو أنّها ساهمت عن طريق ترشيد الإنفاق، ومن ثمّ الإسهام في صنع المال الذي محلّ ميراثه، فكان حرّاً من باب المروءة وردّ الجميل أن ترث من ماله، وهي التي كانت مُستأمنة على أسرارته ولا سيما المالية منها.

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية – قرار صادر بتاريخ 1995/07/25 ملف رقم 122724 – (المجلة القضائية لسنة 1998 . العدد الأول. ص 127).

(2) مسعود الهلالي . أحكام التّركات والموارث في قانون الأسرة الجزائري . ص 85.

(3) ابن قدامة المغني . ج 7 ص 163: الدّردير. الشّرح الصغير. ج 4 ص 378: السرخسي. المبسوط. ج 30 ص 54: الشّريبي. مغني المحتاج. ج 4 ص 105.

2- أنّ الزوجة مُلزَمة بالبقاء في بيت الزوجية أثناء فترة العدة بعد وفاة زوجها، وتحتاج خلالها إلى نفقة التي تكون من مال زوجها المتوفى، ولأنّ تعيين مقدار النفقة أمر مستعصٍ في ظلّ عدم حصر التركة، فوجب أن يكون ذلك جزءاً شائعاً في التركة وهي حصّتها من ميراث زوجها⁽¹⁾.

ثانياً: حكمة ميراث الزوج من الزوجة.

1- بتحمّل الزوج نفقة زوجته طوال حياتها والسهر على راحتها من خلال التكفّل بمصاريفها الحياتية، ولا سيما نفقاتها العلاجية التي تكون الزوجة أحوج لزوجها، والذي يعتبر أحسن مُعين على كروب الدّهر، فردّاً لجميله فإنّه يستحقّ أن يرث منها عرفاناً بحسن صنيعه.

2- قد يكون الزوج سبباً رئيسياً في اكتساب الأموال التي حازتها أثناء حياتها، عن طريق هبتها إياها، أو مساهمته معها في مشروع تشاركي، أو صبره على عملها عبر تشجيعه إياها، فكان من الأليق أن يُجعل له نصيب في مالها بعد موتها.

الفرع السّابع: نصيب الزوجين من الميراث.

يمكن تبين أحوال ميراث الزوجين كما يلي:

أولاً: أحوال ميراث الزوج: يرث في حاتين هما:

1- الحالة الأولى: يرث الزوج نصف ميراث زوجته بطريق الفرض، إذا لم يكن لها فرع وارث بطريق الفرض أو التعصيب، وهو الابن وابن الابن وإن نزل، والبنت وبنت الابن وإن نزلت، سواء أكان هذا الفرع الوارث من الزوج أم من غيره، وتشمل هذه الحالة ما إذا لم يكن للزوجة فرع أصلاً، وما إذا كان لها فرع غير وارث بطريق الفرض أو التعصيب، وهو بنت البنت أو ابن البنت.

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري فقد تضمّن ميراث الزوج للنّصف بموجب المادة 144 حيث نصّت على: "أصحاب النّصف خمسة وهم: 1- الزوج ويستحق النّصف من تركة زوجته بشرط عدم وجود الفرع الوارث لها...".

2- الحالة الثانية: يرث الربع بطريق الفرض، وذلك إذا كان للزوجة فرع وارث بطريق الفرض أو التعصيب، سواء أكان هذا الفرع الوارث من هذا الزوج أم من غيره.

تضمّنت هذه الحالة المادة 145 بنصّها على: "أصحاب الربع إثنان وهما: 1- الزوج عند وجود الفرع الوارث لزوجته...".

ثانياً : أحوال ميراث الزوجة.

لا ترث الزوجة إلا بطريق الفرض، ولها حالتان:

(1) قيس عبد الوهاب الحياي. ميراث المرأة في الشريعة الإسلامية والقوانين المقارنة. دارالحامد العربية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 2008. ص 239.

1- الحالة الأولى: أن يكون فرضها الرّبع، وذلك إذا لم يكن لزوجها فرع وارث بطريق الفرض أو التعصيب، وهو الابن وابن الابن وإن نزل، والبنت وبنت الابن وإن نزلت، سواء أكان هذا الفرع الوارث ولدا له من هذه الزوجة أم ولدا له من غيرها، فيدخل في هذه الحالة ما إذا لم يكن للزوج فرع أصلا، وما إذا كان له فرع غير وارث بطريق الفرض أو التعصيب وهو بنت البنت أو ابن البنت. وترث الزوجات فيه كنصيب الزوجة الواحدة، ولذلك قال ابن قدامة: "وإنما جعل للجماعة مثل ما للواحدة؛ لأنه لو جعل لكل واحدة الربع، وهن أربع، لأخذن جميع المال، وزاد فرضهن على فرض الزوج"⁽¹⁾.

لقد نصّ قانون الأسرة على هذه الحالة بموجب المادة 145: "أصحاب الربع: 2- الزوجة أو الزوجات عند وجود الفرع الوارث للزوج".

2- الحالة الثانية: أن يكون فرضها الثمن، وذلك إذا كان للزوج فرع وارث منها أو من غيرها، وقد نصّت المادة 146 على أصحاب الثمن ومن ضمنهم الزوجة حيث نصّت على: "وارث الثمن: الزوجة أو الزوجات عند وجود الفرع الوارث للزوج".

الفرع الثامن: إجراءات المطالبة بميراث أحد الزوجين.

ب وفاة أحد الزوجين، وتحقق حياة الزوج الآخر، وبقاء الزوجية سارية حتى في الطلاق الرجعي أو وفاة أحد الزوجين خلال فترة العدة، يمكن أن يرث الحيّ منهما الميت وفق التّصيب المحدّد شرعا وقانونا، حيث أنّ التّوارث بين الزوجين يثبت بمجرد العقد وليس الدّخول، وهو ما أشارت إليه المادة 130 من قانون الأسرة التي نصّت على: "يوجب النّكاح التّوارث بين الزوجين ولو لم يقع بناء"، وعلى هذا الأساس وجب المرور على بعض التّفاصيل الإجرائية لاستحقاق الميراث بسبب الزوجية، وفقا لما يلي:

أولاً: إثبات الوفاة والزوجية لاستحقاق الإرث وتقدير النّصيب.

في حال وفاة أحد الزوجين يرثه زوجه، وعلى هذا الأساس يمكن للحيّ منهما السّعي للحصول على ميراثه باعتباره وارثا شرعيّا بموجب الشّرع والقانون، فيتعيّن قيد وفاة الزوج في السجّلات المعدّة لهذا الغرض على مستوى الحالة المدنية وفقا لما جاءت به المادة 79 من قانون الحالة المدنية في فقرتها الثانية التي نصّت على: "يحزّر عقد الوفاة ضابط الحالة المدنية التّابع للبلدية التي وقعت فيها الوفاة بناء على تصريح من أحد أقرباء المتوفى أو تصريح شخص توجد في حالته المدنية المعلومات الموثوق بها وعلى الوجه الأكمل بقدر الإمكان. يجب أن يتمّ التصريح بالوفاة في أجل أربع وعشرين ساعة من وقت الوفاة...".

يُعَدّ هذا الإجراء جوهريّاً لإثبات واقعة الوفاة، حتى يتسوّى بعد ذلك استخراج شهادة وفاة الزوج المورّث من طرف ذوي المصلحة ولا سيما الزوج الحيّ.

فضلا على استخراج شهادة الوفاة الخاص بالمتوفى، يتعيّن على الزوج الوارث أن يدعّم طلبه باستخراج نسخة من عقد زواج، وكذا شهادة ميلاد خاصّة به مؤشّرها على الهامش ببيانات عقد زواجهما وإثباتا له،

(1) ابن قدامة. المغني. ج 7 ص 19.

فضلا على شهادة عائلية لتبيين وجود الفرع الوارث وتعلّق ذلك بنصيب كل زوج، وكذا شهادة عدم الطّلاق لإثبات استمرارية الزوجية وانقضائها بالموت وليس بالطلاق، وفي حالة وجود حكم بالطلاق ينبغي الإثبات أنّ العدة ما زالت مستمرة، وفقا لما جاءت به المادة 132 من قانون الأسرة التي نصّت على: "إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطّلاق، استحق الحيّ منهما الإرث"، كما يجدر بالزوجة أن تثبت أنّها زوجة وحيدة حتى تنال نصيبها منفردة مع مراعاة وجود الفرع الوارث لزوجها المتوفى.

بعد ذلك يتمّ إيداع جميع الوثائق التي تثبت أملاك الزوج المتوفى باختلاف أنواع الأموال من منقولات وعقارات، لدى الموثّق وتتمّ تصفية التّركة حتى ينال الورثة نصيبهم بما في ذلك الزوج، حيث حدّدت المادة 180 مشتملاتها وفقا لما يلي: يؤخذ من التّركة حسب التّرتيب التّالي: 1- مصاريف التّجهيز، والدّفن بالقدر المشروع. 2- الدّيون الثّابتة في ذمّة المتوفّى. 3- الوصيّة. فإذا لم يوجد ذوو فروض أو عصابة آلت التّركة إلى ذوي الأرحام فإن لم يوجدوا، آلت إلى الخزينة العامة".

بعد استخراج صافي التّركة أي ما يؤول للورثة، يتمّ قسمة الميراث بين الورثة بحسب الاستحقاق وفق عقد فريضة محرّرها الموثّق، وتتضمّن أحد الزوجين الذين لا يمكن بأي حال من الأحوال حجّهما. ثانيا: الجهة القضائية المختصة في معالجة التّنازع حول ميراث أحد الزوجين.

يمكن للزوج الذي استشكل نيل نصيبه بطريقة وديّة مع باقي الورثة، أن يقصد القضاء من أجل المطالبة بحقه، ولقد حدّد المشرّع الجهة القضائية الخاصّة بالنّظر في الدعاوى المتعلقة بالميراث من طرف قاضي شؤون الأسرة على مستوى كلّ محكمة إبتدائية، وفقا لنصّ المادة 40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في فقرتها الثانية التي نصّت على: "فضلا عما ورد في المواد 37 و 38 و 46 من هذا القانون، ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية المبينة أدناه دون سواها :... 2- في مواد الميراث... على التوالي، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المتوفى...".

وأشارت المادة 498 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى الاختصاص الإقليمي بنصّها على: "يؤول اختصاص في دعاوى التّركة إلى المحكمة التي يقع فيها موطن المتوفى، حتى وإن وجدت بعض أملاك التّركة خارج دائرة الاختصاص الإقليمي لهذه المحكمة، مالم ينصّ القانون على خلاف ذلك"، فالمنازعة المتعلقة بالميراث قد تكون من الورثة أو أي صاحب مصلحة آخر كالخزينة، أو إدارة الضرائب أو أي دائن آخر.

فقاضي شؤون الأسرة هو المختص نوعيا بالنظر في مسائل الميراث، وهو ما أشارت إليه المادة 499 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصّها على: "يجوز لقاضي شؤون الأسرة، وعن طريق الإستعجال، أن يتخذ جميع التدابير التحفظية، لاسيما الأمر بوضع الأختام، أو تعيين حارس قضائي لإدارة أموال المتوفى إلى غاية تصفية التّركة".

كما يمكن أن تكتسي المنازعات المتعلقة بالميراث الطابع الإستعجالي وفقا للمادة 183 من قانون الأسرة الجزائري التي نصّت على: "يجب أن تتبع الإجراءات المستعجلة في قسمة التّركات فيما يتعلق بالمواعيد وسرعة

الفصل في موضوعها وطرق الطعن في أحكامها"، حيث أنّ القضاء المستعجل إنّما وجد لعلاج المسائل التي لا يستطيع القضاء العادي حلها، بدون أن تترتب آثار قد يصعب تداركها فيما بعد بين المتخاصمين، باعتبار أنّ هذه المسائل تتطلب السرعة في علاجها؛ حماية لحقوق أصحابها من الضياع، وكذا صونا للمراكز القانونية التي يربتها القانون⁽¹⁾.

والملاحظ أنّ اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، لم تُشر إلى ميراث الزوجة من زوجها بل جاء النص عليها عامًا ومجردًا من دون تفصيل، وذلك ثابت من نص المادة 13 التي أشارت إلى نفس الاستحقاقات الأسرية، بالرغم من أهمية مسألة الميراث في الشريعة الإسلامية ولا سيما قانون الأسرة الجزائري الذي استلهم أحكامه منه.

ولعلّ مسألة الميراث من بين أهمّ المسائل التي طرحت إشكالا بخصوص الاتفاقية لا سيما أنّ ذلك كان بين عديد الأمم التي تختلف بحسب الديانات والأعراف والتقاليد، وكانت الجزائر من بين أهمّ الدول التي أبدت بعض التحفظات التي تتناقض والنهج العام للدولة والشعب المستمد من أحكام الشريعة الإسلامية التي قرّرت ميراث المرأة بعد أن كانت لا ترث، فأصبحت ترث وفق ضوابط معينة حددها الشرع⁽²⁾.

فكان أن خالف قانون الأسرة الجزائري الاتفاقية في هذه الجزئية، حيث أنّ الزوجة لا ترث نفس النصيب مع زوجها بل ترث نصفه، وذلك مُرتبط بوجود الفرع الوارث للزوج أو انعدامه، ولذلك كان انضمام الجزائر مشتملا على بعض التحفظات ولا سيما المادة 16 منها.

(1) أحمد دغيش. التنزيل في قانون الأسرة الجزائري. دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع. بوزريعة، الجزائر، 2009. ص 218.

(2) تيسير فتوح حجة. حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية دراسة مقارنة. ص 121.

خلاصة الفصل الأول.

من خلال ما سبق عرضه في الفصل يمكن تلخيص أهم النتائج على النحو التالي:

1- أشار المشرع الجزائري إلى اعتبار العدول عن الخطبة حقا للطرفين، وعالج آثار العدول عنها من خلال تحميله المسؤولية لمن عدل، وكان من الأخرى تحميلها لمن تسبب فيه، فرتب رد الهدايا من الطرف العادل وحرمانه من استرداد هداياه من الطرف المعدول عنه إلا ما استهلك منها أو كان قابلا للاستهلاك، وعدم تبين ذلك بدقة، فضلا على تعويض الضرر المادي والمعنوي الناشئ عن العدول، وجعله جوازا وهو الأمر الذي يستدعي إعادة النظر وجعله وجوبيا طالما ثبت الضرر، بالإضافة إلى عدم التطرق إلى المال المدفوع على أساس صداق من طرف الخاطب وضرورة استرجاعه بحسب الحالة طالما حدث عدول لارتباط استحقاقه بالعقد أو الدخول.

2- عالج قانون الأسرة مسألة الصداق من خلال أسباب استحقاقه كاملا أو نصفه، وتبين كيفية حل النزاع بين الزوجين أو ورثتهما، وعدم إدراج وفاة الزوجة كسبب موجب للصداق وأيلولته لورثتها اقتداء بالشريعة الإسلامية.

3- جعل النفقة الزوجية كحق صرف للزوجة بمناسبة الاحتباس وعدم النشوز، واشتمالها على كل المتطلبات الحياتية، وجعل عدم أداء النفقة المحكوم بها قضاء جريمة رُصدت لها عقوبات ردعية، واستثناء هذه النفقة من قانون صندوق النفقة المخصص لنفقة المرأة المطلقة والطفل المحضون.

4- عدم كفالة قانون الأسرة بنصه الحالي تنظيما حقيقيا لمجموع أموال الزوجين، بالرغم من نصه على استقلال ذمتهم المالية وإمكانية التشارك المالي بينهما، غير أن ذلك يبقى رهينة زيادة مواد أخرى في صلب قانون الأسرة في هذا المجال، أو استحداث قانون مستقل ينظم الأموال بين الزوجين كما هو الحال في بعض التشريعات الغربية والعربية دفعا للنزاع وإمكانية الفرق.

5- ظهور مدى المفارقة الموجودة بين مواد قانون الأسرة في معالجة المشتكلات المالية للعلاقة الزوجية والاتفاقيات الدولية، ولا سيما اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة التي تنادي بالمساواة بين الرجل والمرأة في جميع التفاصيل ولا سيما الواجبات والحقوق الأسرية، وهو الأمر الذي تحظى به الزوجة في ظل قانون الأسرة بمعاملة تفضيلية على الزوج من خلال استحقاقها للصداق والنفقة، ما يعكس حرص القانون المستمد من الشريعة الإسلامية على صون حق الزوجة أكثر من الاتفاقيات الدولية.

6- من خلال معالجة المشرع الجزائري للنظام المالي للأسرة في الشق الخاص بالرابطة الزوجية، يمكن لمس مدى عدم ملاءمة النصوص التشريعية في بعض المواضع، ولا أدل على ذلك ترك الباب واسعا أمام التأويلات في ظل القصور التشريعي في تفصيل العدول عن الخطبة، والذمة المالية للزوجين، والمعالجة القاسية لعدم دفع النفقة، ما يؤثر على النظام الاجتماعي للأسرة والتي هي في العديد من المرات مناسبة لتفريق الأسر وليس جمع شملها.

قد تعترض الحياة الزوجية اهتزازات عميقة من شأنها أن تعصف بها إلى هاوية الانفصال، وبعدّ الطلاق وسيلة شرعية وقانونية لفضّ غرى الزوجية، بالرغم من آثاره المدمّية التي تضرب صميم الأسرة والمجتمع، في ظلّ التنامي الرهيب لهذه الظاهرة التي وبالرغم من مساوئها، إلّا أنّها تبقى حلاً لمشاكل أكثر تعقيداً؛ ويترتّب على الطلاق علاقات مالية تؤثر على النظام الأسري وتمسّ المرأة المطلقة وكذا أفراد الأسرة، فتستحقّ المطلقّة تعويضاً عن طلاقها بطريقة تعسّفية جزاء الألم اللاحق بها، فضلاً على استحقاقها نفقة المتعة، كما وتستحقّ خلال فترة عدتها لنفقة العدة بالإضافة إلى تقرير المشرع الجزائري نفقة الإهمال كحقّ مالي لها، فضلاً على حقّها في بدل الإيجار الخاصّ بالسكن المخصّص للحضانة.

كما أنّ نتاج الطلاق بمختلف صوره ليس مقصوراً على المطلقة فحسب بل يمتدّ أثره إلى المطلق، وذلك من خلال استحقاقه التعويض في بعض حالات الطلاق ولا سيما ذلك الذي يقع بسبب نشوز الزوجة، أو بسبب ثبوت ارتكابها للخيانة الزوجية، فضلاً على استحقاقه بدل الخلع نظير طلاقه زوجته الكارهة عِشرته. كما يمكن أن تمتدّ الآثار المالية للطلاق بطريقة مشتركة بين أفراد الأسرة ويتجلى ذلك من خلال متاع بيت الزوجية وما يكتنفه من منازعات، واستحقاق كلّ منهما نصيباً معيّناً، وكذا الميراث الذي قد يكون في نطاق معيّن يستدعي التوضيح، فكلّ هذه التفاصيل سوف يحتويها الفصل الثاني وفقاً للتقسيم التالي:

المبحث الأول: الأحكام المالية لانحلال الرابطة الزوجية الخاصة بالمطلقة في قانون الأسرة الجزائري.

المبحث الثاني: الأحكام المالية لانحلال الرابطة الزوجية الخاصة بالمطلق في قانون الأسرة الجزائري.

المبحث الثالث: الأحكام المالية لانحلال الرابطة الزوجية المشتركة بين الطليقين في قانون الأسرة الجزائري.

المبحث الأول: الأحكام المالية لانحلال الرابطة الزوجية الخاصة بالمطلقة في قانون الأسرة الجزائري.

كان الطلاق أخفّ الأضرار لرفع كلّ ما من شأنه أن يمسّ استقرار الأسرة ككلّ، في ظلّ التأكّد من استحالة تحقيق المودة والرحمة، وعلى هذا الأساس تترتّب على الطلاق آثار مالية تخصّ المرأة المطلقة بصفة حصريّة وخاصة دون غيرها، مُتمثلة في التعويض عن الطلاق التعسّفي والمتعة وبدل إيجار سكن الحضانة، بالإضافة إلى حقّها للنفقة طيلة فترة العدة وكذا نفقة الإهمال، وهو ما سيتمّ علاجه في هذا المبحث وفقاً للتفصيل التالي:

المطلب الأول: استحقاق التعويض عن الطلاق التعسّفي ونفقة المتعة وبدل إيجار سكن الحضانة.

المطلب الثاني: استحقاق نفقة العدة ونفقة الإهمال.

المطلب الأول : استحقاق التعويض عن الطلاق التعسفي ونفقة المتعة وبدل إيجار سكن الحضانة.

تحظى المرأة المطلقة بنظام مالي مستقل يكون جزءا من النظام المالي الأسري على أساس أنها طرف فاعل فيه، ومن بين أهم تجليات طلاقها التعويض عنه إذا كان تعسفا، بالإضافة إلى نفقة المتعة، وبدل سكن إيجار سكن الحضانة وهو ما سيتم معالجته وفقا لما يلي:

الفرع الأول: استحقاق التعويض عن الطلاق التعسفي.

الفرع الثاني: استحقاق نفقة المتعة.

الفرع الثالث: بدل إيجار السكن المخصص للحضانة.

الفرع الأول: استحقاق التعويض عن الطلاق التعسفي.

ينبغي الإحاطة باستحقاق المطلقة للتعويض بسبب الطلاق التعسفي من خلال مايلي:

أولا: تعريف الطلاق.

يعد الطلاق وسيلة لحل الزواج في الإطارين الشرعي والتشريعي، وينبغي البدء بتبيين مفهومه اللغوي والاصطلاحي كما يلي:

1- تعريف الطلاق في اللغة.

الطلاق في اللغة من طلق، فالطلاق بالفرنسية (Le divorce)⁽¹⁾، والانجليزية (The divorce)⁽²⁾، فيعني لغويا التخلي والإرسال وإزالة القيد، ورجل مطلق، أي كثير الطلاق للنساء⁽³⁾، ويقال أطلقت الناقة من عقالها بمعنى سرحتها، وناقاة طلق أي بلا عقال⁽⁴⁾، فإن كثر تطليقها للنساء قيل مطليق ومطلق والإسم الطلاق، يقال أطلقت الأسير إذا خللت أساره وخليت عنه فأنطلق، أي ذهب في سبيله ومن هنا قيل أطلقت القول إذا أرسلته من غير قيد ولا شرط⁽⁵⁾.

2- تعريف الطلاق في الاصطلاح.

وردت العديد من التعريفات في شأن الطلاق من أهمها أنه: "رفع قيد النكاح في الحال، أو في المال بلفظ مشتق من مادة الطلاق أو في معناها"⁽⁶⁾، فوفقا لهذا التعريف الطلاق على قسمين: قسم يرفع النكاح في الحال، وهو الطلاق البائن والذي بمجرد وقوعه يرفع النكاح في الحال، فلا تصبح المطلقة حليلة لمطلقها إلا بعقد ومهر جديدين، سواء انتهت العدة أو لم تنته، والقسم الثاني يشمل الطلاق الرجعي، فلا يرتفع الطلاق

(1) ابتسام القزام. المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري. ص 37.

(2) محمد رواس قلعة جي؛ حامد صادق قنبي. معجم لغة الفقهاء. ص 293.

(3) الجوهري. الصحاح؛ تاج اللغة وصحاح العربية. ج 5 ص 205 و 205.

(4) ابن فارس. مجمل اللغة. ج 1 ص 586.

(5) الفيومي. المصباح المنير. ص 380.

(6) محمد أبو زهرة. الأحوال الشخصية. ص 279.

إلا بانتهاء العدة، فيمكن له أن يراجعها سواء رضيت أو لم ترض، ولكن ذلك يُنقِص من عدد الطَّلقات في حدود الثلاث وإلا أصبح بائنا، ولم يعرفه المشرع الجزائري في قانون الأسرة بل بيّن أنواعه وأثاره.
ثانيا: مشروعية الطلاق وحكمه.

لما كان الطلاق حلاً للزواج، فذلك يعني مشروعيته من الناحيتين الشرعية والتشريعية، بغية إنهاء هذه الرابطة بطريقة مشروعة كما بدأت، مع ضرورة تبين حكمه، والقيود التي تحكمه وفقاً لما يلي:
1- مشروعية الطلاق.

ثبت الطلاق بموجب نصوص صريحة من الشرع والتشريع، وهو ما ينبغي تبينه كما يلي:

أ- مشروعية الطلاق من القرآن الكريم.

وردت العديد من الآيات الدالة على مشروعيته، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿الطَّلَاق مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾⁽¹⁾، ومعنى ذلك أنه إذا أراد الرجل أن يطلق امرأته فيطلقها تطليقتين، فإن أراد أن يراجعها كانت له عليها رجعة، فإن شاء طلقها أخرى، فلم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره⁽²⁾.
وقوله: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾⁽³⁾ فنادى النبي ﷺ أولاً تشريفاً له ثم خاطبه مع أتمته أو الخطاب له خاصة والجمع للتعظيم وأتمته أسوته في ذلك، والمعنى إذا أردتم تطليقهن وعزتم عليهن ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾ أي مستقبلات لعدتهن أو في قبل عدتهن أو لقبل عدتهن⁽⁴⁾.

ب- مشروعية الطلاق من السنة النبوية.

مشروعية الطلاق من السنة النبوية ثابتة من خلال الحديث المروي عن ابن عمر رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: "أبغض الحلال إلى الله عز وجل الطلاق"⁽⁵⁾، فدلّ الحديث على مدى حلّ الطلاق بالرغم من كراهته للمولى عز وجل، غير أنه يبقى حلاً درءاً لإمكانية تفاقم المشاكل بين الزوجين، والوصول إلى مشاكل أكثر تعقيداً.

وللحديث المروي عن الحارث بن عبد الرحمن عن حمزة بن عبد الله بن عمر عن ابن عمر قال: كان تحتي امرأة أحبها وكان أبي يكرهها فأمرني أن أطلقها فأبيت فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال: "يا عبد الله بن عمر طلق امرأتك"⁽⁶⁾ فكان أمراً من النبي ﷺ لابن عمر رضي الله عنهما بطلاق زوجته، ما يدلّ على مشروعية الطلاق.

(1) سورة البقرة . الآية 229.

(2) الطبري . جامع البيان في تأويل القرآن . ج 4 ص 542 .

(3) سورة الطلاق. الآية 1.

(4) الشوكاني . فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير. ج 5 ص 240 .

(5) رواه أبو داود وابن ماجه (أنظر: أبو داود. سنن أبي داود. كتاب الطلاق. باب في كراهية الطلاق. الحديث رقم 2178. ج 1 ص 661؛ ابن ماجه. سنن ابن ماجه. أبواب الطلاق. الحديث . رقم 2018. ج 3 ص 180).

(6) رواه الترمذي (أنظر: الترمذي . سنن الترمذي. كتاب الطلاق. باب ما جاء في الرجل يسأله أبوه أن يطلق زوجته. الحديث رقم 1189. ج 3 ص 493).

وثبت الطلاق أيضا من الحديث المروي عن ابن عباس، عن عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ طَلَّقَ حَفْصَةَ، ثُمَّ رَاجَعَهَا⁽¹⁾، فكان الرسول قد طَلَّقَ زوجته ثم راجعها، وهو دليل على سلوكه ما يعني دليلا على مشروعيته.

ج- مشروعية الطلاق من قانون الأسرة الجزائري.

وردت في قانون الأسرة الجزائري مواد عديدة دالة على مدى مشروعية الطلاق، ولا سيما المادة 48 التي نصت على: "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون"، فأعطى المشرع الفرصة لطرفي الرابطة الزوجية في حلها بإحدى الصّور وهو دليل على مدى مشروعيته.

كما يمكن للزوجة المطالبة بحل الرابطة الزوجية عن طريق التّطليق بتحقيق إحدى الأسباب العشرة، وفقا لنص المادة 53 التي نصت على: "يجوز للزوجة أن تطلب التّطليق للأسباب التالية:..."، ويجوز لها حلّ الزواج بطريق الخلع في نطاق المادة 54 التي نصت على: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي. إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

2- حكم أصل الطلاق.

لم يتفق الفقهاء حول حكم الطلاق، على أساس اختلاف تفسيرهم للآيات الكريمة الواردة بشأن مشروعية الطلاق، بين الإباحة والحظر إلا للضرورة على قولين:

أ- القول الأول: الأصل في الطلاق الإباحة.

رأى ذلك كلّ من السرخسي والكاساني والزيلي من الحنفية⁽²⁾، والقرطبي من المالكية⁽³⁾، والقاضي من الحنابلة⁽⁴⁾، والذي يجعل من الطلاق عملا مباحا وأتته مشروع في نفسه، إلا أنّ المنع فيه لغيره من الفساد والوقوع في المحرم⁽⁵⁾، واستدلوا على رأيهم من خلال الآية الكريمة في قوله عزّ وجل: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾⁽⁶⁾ أي مَعْنَاهُ الطَّلَاقُ الْجَائِزُ مَرَّتَانِ⁽⁷⁾، وكذا قوله: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ

(1) رواه ابن ماجه وأبو داود والنسائي (أنظر: ابن ماجه. سنن ابن ماجه. أبواب الطلاق. الحديث رقم 2016 ج3 ص 180، أبو داود. سنن أبي داود. كتاب الطلاق. باب في المراجعة. الحديث رقم 2283. ج1 ص 695؛ النسائي. سنن النسائي الكبرى. كتاب الطلاق. باب الرجعة. الحديث رقم 5755. ج3 ص 403).

(2) السرخسي. المبسوط. ج6 ص 3؛ الكاساني. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ج3 ص 96؛ الزيلي. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق. ج2 ص 189 و190.

(3) القرطبي. الجامع لأحكام القرآن. ج3 ص 126.

(4) ابن قدامة. المغني. ج8 ص 235.

(5) عبير ربحي شاكرك القدومي. التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية. دار الفكر، عمان، الأردن، ط1، 2007. ص 184.

(6) سورة البقرة. الآية 229.

(7) ابن العربي. أحكام القرآن. ج1 ص 260.

النِّسَاءَ فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ⁽¹⁾ وقوله: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾⁽²⁾، أي لا حرج عليكم إن طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ⁽³⁾.

ومن السنة النبوية أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ طَلَّقَ زوجته حفصة ثم راجعها، كما أَنَّ عبد الرحمان بن عوف وابن عمر وغيرهم من الصَّحابة طَلَّقُوا زوجاتهم، ولا يمكن للنَّبِيِّ ﷺ وصحابته أن يفعلوا محظورا.

ب- القول الثاني: الأصل في الطلاق الحظر.

يرى هذا الإتجاه ممثلا في الجمهور من الحنفية⁽⁴⁾، والمالكية⁽⁵⁾، والشافعية⁽⁶⁾، والحنابلة⁽⁷⁾؛ أَنَّ حكم الطلاق ينصرف إلى الحظر، ذلك أَنَّهُ لا يُباح إِلَّا لضرورة وحاجة مُلِحَّة، ككِبَر سنِّ الزَّوجة أو الرِّبِّية أو عدم اشتهاها، وإن حدث من غير دأج، ولا سبب وجيه، فصاحبه آثم شرعا، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿...فَإِنْ أَطَعْتَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا...﴾⁽⁸⁾ فَإِنْ أَطَاعْتَكُمْ، فلا تبغ عليها العلل⁽⁹⁾.

ومن السنة النبوية، عَنْ أَبِي قِلَابَةَ، عَنْ أَبِي أَسْمَاءَ، عَنْ ثَوْبَانَ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: أَيُّمَا امْرَأَةٍ سَأَلْتُ زَوْجَهَا الطَّلَاقَ فِي غَيْرِ مَا بَأْسٍ، فَحَرَامٌ عَلَيْهَا رَائِحَةُ الْجَنَّةِ⁽¹⁰⁾.

بعد استعراض الرأيين وأدلة كل واحد منهما، يُمكن لمس مدى وجهة الرأي الثاني الجاعل من الطلاق مسألة محظورة في أصلها وجعل إباحته استثناء لضرورة، وبالتالي التضييق من إيقاع الطلاق إِلَّا في حالات حصرية لا يمكن من خلالها الاستمرار في الحياة الزوجية، فالطلاق وإن كان مباحا عند الحاجة إِلَّا أَنَّهُ يبقى حلا أخيرا، وأنَّ فتح المجال لإيقاعه لأبسط الخلافات سيتسبب حتما في جعله وبالأعلى على الزوجين وعلى الأسرة بأكملها.

فقد جعل الشرع إعمال الطلاق على مراحل وليس دفعة واحدة، بل وضع ضوابط لا بدَّ من مراعاتها، هي في حقيقة الأمر مدعاة للأنابة ومراجعة الذَّات، فلقد حملَ الزوج تبعات قد تثنيه على التَّفكير فيه، لا سيما إذا كان السَّبب بسيطا يمكن تجاوزه في ظلِّ استجابة الزَّوجة وامثالها لما هو أحوطُ لها، فهو مُطالب بتوفير نفقة العدة وأداء نفقة المحضون، ودفع إيجار السَّكن المعدِّ لممارسة الحضانة، فضلا على أن يكون إيقاع

(1) سورة الطلاق. الآية 1.

(2) سورة البقرة. الآية 236.

(3) الطبري . جامع البيان في تأويل القرآن . ج 4 ص 542 .

(4) ابن الهمام. شرح فتح القدير. ج 7 ص 447 .

(5) الدردير. الشرح الصغير. ج 2 ص 535 .

(6) الشربيني. مغني المحتاج. ج 3 ص 279 .

(7) الحجواي. الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل . ج 2 ص 4 .

(8) سورة النساء. الآية 34.

(9) الطبري . جامع البيان في تأويل القرآن . ج 8 ص 317 .

(10) رواه ابن ماجه والترمذي وأحمد (أنظر: ابن ماجه. سنن ابن ماجه. كتاب الطلاق. باب كَرَاهِيَةِ الْخُلْعِ لِلْمَرْأَةِ. الحديث رقم 2055. ج 3 ص 207؛ الترمذي . سنن الترمذي. كتاب الطلاق. باب ما جاء في المختلعات. الحديث رقم 1186. ج 3 ص 492).

الطلاق في طهرٍ لا يمسّ فيه الرجل طليقته، مع انتظار فترة العدة التي تختلف باختلاف حال النساء، وجعل الطلاق ثلاثاً لإمكانية الرجعة بعد الطلاق الأول والثاني، من غير شهود خلال فترة العدة أو بعقد ومهرجدين بعد انتهاء فترة العدة، على أن لا تبين بينونة كبرى إلا بعد الطلقة الثالثة، فجعل الإسلام للزوجين فرصتين لمراجعة الحسابات⁽¹⁾، وغالبا ما يحدث الندم، ولا يقدم الزوجان على الطلاق الثالث تغلبا منهما لمصلحة الأسرة والأولاد، وتضحية أيضا في سبيل لَم الأسرة التي قد يهوي بها الطلاق إلى المجهول.

فالطلاق وبالرغم من أنه حقّ مكفول للرجل إلا أنه ليس حقّا مطلقا، بل هناك ضوابط ومعايير تردع المُقبل عليه لا سيما إذا كان السبب غير جدّي، ففي هذه الحالة هو متعسف وبإمكان المرأة المطلقة أن تطالب بنيل حقّها عبر الإلتجاء للقضاء.

ثالثا: أحكام الطلاق التعسفي.

إن فكرة الطلاق التعسفي كثيرة الطرح، لا سيما في ظل التنامي الرهيب لحالات الطلاق التي أصبحت بحقّ تشهد تزايدا مستمرا في المجتمع الجزائري، الأمر الذي يؤرّق القانونيين والشرّاح لبحث هذه الظاهرة، خاصة وأن السواد الأعظم من حالات الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج يصبّ في خانة الطلاق التعسفي، ولذلك كان لزاما بحث جميع تفاصيله.

1- معنى التعسف في استعمال الحق.

يمكن معرفة معنى التعسف من الناحية اللغوية والاصطلاحية على النحو التالي:

أ- معنى التعسف في اللغة.

التعسف من عسف يعسف عسفا، وهو في الفرنسية (Abus)⁽²⁾ والانجليزية (Abuse)⁽³⁾، ويقصد به الأخذ الأخذ على غير الطريق، والعسوف: الظلوم⁽⁴⁾، وهو حمل الكلام على معنى لا تكون دلالته عليه، وهو الطريق الغير موصل إلى المطلوب، وقيل: الأخذ على غير طريق، وقيل: هو ضُعف الكلام⁽⁵⁾، ويُقال عسف في الأمر، بمعنى فعله من غير روية ومن ذلك عسف الطريق إذا سلكه عن غير قصد⁽⁶⁾.

من خلال المعاني اللغوية المتفرعة للتعسف يتّضح أنّها تتمحور حول الظلم وعدم دراسة عواقب التصرفات.

(1) جميل فخري محمد جانم. التّدابير الشّرعية للحدّ من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون. دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 2009، ص 139.

(2) ابتسام القزام. المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري. ص 14.

(3) محمد رواس قلعة جي؛ حامد صادق قنيبي. معجم لغة الفقهاء. ص 137.

(4) الجوهري. الصحاح؛ تاج اللغة وصحاح العربية. ج 5 ص 89.

(5) الجرجاني. التّعريفات. ص 64.

(6) الفيومي. المصباح المنير. ص 155.

ب- معنى التعسف في الاصطلاح.

لطالما اقترن التعسف بالحق، وعلى كلّ فالتعسف اصطلاحاً هو "مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل"⁽¹⁾، فالمقصود ليس منع صاحب الحق في ممارسة حقه وهو التصرف المأذون شرعاً، لكن أثناء ذلك، يجب مراعاة عدم معارضة قصد الشارع سواء عمداً، بأن يقصد المكلف هدم قصد الشارع عينا، كأن يستعمل الحق لمجرد الإضرار بالغير، أو أن يتدّرع صورياً بما هو جائز لممارسة ما هو محظور. كما وتجدر الإشارة إلى وجوب التمييز بين التعسف في استعمال الحق، والمجاوزة حيث أنّ التعسف يفترض مسبقاً وجود الحق، وعلى هذا الأساس فالتعسف يتصرف في حدود الحق الموضوعية التي لا يتعدّاها، فالفعل في التعسف مشروع لذاته، بينما يكون معيباً في باعته أو مآله، بينما يعدّ الفعل في المجاوزة غير مشروع منذ البداية بصرف النظر عن باعته أو نتيجته، حتى ولو حقق منفعة لأنه لا يستند إلى حق أصلاً، فهو محض تعدّ لتجاوزه الحدود الموضوعية للحق⁽²⁾.

كما وعرف التعسف على أنه: "استعمال الإنسان حقه على وجه يضرّ به أو بغيره"⁽³⁾، فكما هو واضح من التعريف عدم إنكار وجود الحق على صاحبه، الذي يمكنه ممارسته في الأطر الموضوعية دونما تسبّب منه في أذية نفسه أو غيره.

بالرجوع إلى المشرّع الجزائري فإنّه لم يخصّص تعريفاً بعينه للتعسف، ولا سيما التعسف في استعمال الحق، ومع ذلك فقد خصّص المادة 124 مكرّم من القانون المدني بنصّها على: "يشكّل الاستعمال التعسفي للحق خطأ، لاسيما في الحالات التالية :- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير، - إذا كان يرمي الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير، - إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".

فاشتملت على الحالات التي تجعل من التعسف في استعمال الحق خطأ، فربط المشرّع بين الإستعمال التعسفي للحق والخطأ، والخطأ يستوجب التعويض؛ ولذلك فالتعسف في استعمال الحق يترتب تعويضاً، أيّا كان نوع هذا التعسف ولاسيما في ميدان شؤون الأسرة وبالضبط ما يتعلق بالطلاق. نظراً لأهمية فكرة التعسف في استعمال الحق فقد تطوّرت النّظرية الخاصّة به خلال فترات زمنية متلاحقة، حيث يرجع ظهور النّظرية إلى العصور القديمة، بدءاً من العصر الروماني ثم انتقالها للقانون الفرنسي القديم، وتشبّع بها الفقه الإسلامي، ومع أنّها اختفت مدّة زمنية لا سيما في ظلّ المبدأ الفردي، الذي أخذت بمنهجه الثورة الفرنسية وظلّت مُغيّبة طوال القرن التاسع عشر، فكانت غير مقبولة في بعض الأحكام القضائية، إلّا أنّها خضعت فيما بعد للتّجديد على يد الفقيهِين سالي (SALEILLES) وجوسيران (JOSSERAND) واللّذين بفضلهما حظيت هذه النّظرية باستقرار في الفقه، فالقضاء ثم عملت بها القوانين الحديثة، وأخذت اليوم حيّزاً مرموقاً لا يمكن إغفاله في المنظومات التّشريعية.

(1) فتحي الدريني. نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي. مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط4، 1988. ص 87.

(2) فتحي الدريني. الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده. مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط3، 1984. ص 27 و 28.

(3) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 4 ص 388.

فالقانون الروماني عرف هذه النظرية من خلال تطبيقات الفقهاء الرومان، ومنهم الفقيه (ULPEIN) الذي رأى أنّ من حفر بئراً في أرضه، وتعمّق في الحفر حتى قطع العروق النّابعة في عين جاره، لا يكون مسؤولاً عن تعويض هذا الضّرر، بل يُسأل إذا كان التعمّق في الحفر سوف يسقط حائط جاره، وانتقلت النظرية إلى القانون الفرنسي القديم بعد إحياء دراسات القانون الروماني القديم، حيث يرى الفقيه (DOMAT) أنّ الشّخص يكون متعسّفاً في استعمال حقّه، إذا قصد الإضرار بالغير أو لم تكن له مصلحة في استعماله⁽¹⁾.

أمّا الشّريعة الإسلامية فقد كانت الأسبق إلى تنظير أسس التعسّف في استعمال الحقّ، حيث رأى الفقهاء في باديء الأمر أنّه يجب إعمال مبدأ "الجواز ينافي الضّمان"، أي لا يعتبر العمل غير مشروع إذا كان استعماله لحق يجيزه الشرع، ثمّ تطوّر الفقه الإسلامي بعد ذلك بتطوّر علم الكلام، فسبقت الشّريعة الإسلامية الشّرائع الغربيّة في عدم الاقتصار على المعيار الشّخصي لسوء استعمال الحقّ، بل أضافت المعيار المادي وقيدت استعمال الحقّ بالغرض الاجتماعي الذي قرّر الحقّ من أجله، وقيدت مباشرة الحقّ بشرط عدم الإضرار بالغير، سواء كانت بنية الإضرار بالغير، أو مُجاوزة الحدود المألوفة والمُتعارف عليها، ومن بين أهمّ تطبيقاتها منع تصاعد الدّخان من دار الجار إلى جاره أكثر ممّا يتعارف عليه الناس، وعدم الإزعاج بالصّوت⁽²⁾.

2- معايير ضبط التعسّف في استعمال الحقّ.

إنّ الأساس القانوني لنظرية التعسّف في استعمال الحقّ هو المسؤولية التقصيرية، فهو خطأ يوجب التعويض، ويكون ذلك في صورة الخروج عن حدود الحقّ أو عن حدود الرّخصة المألوفة⁽³⁾، وهو ما اعتمده المشرّع الجزائري من خلال نصّ المادة 124 مكرّر من القانون المدني، والذي اعتبر التعسّف في استعمال الحقّ خطأ، وضمّن المشرّع هذه المادة معايير يمكن من خلالها ضبط مدى حدوث التعسّف في استعمال الحقّ، ولا يعدو أن يخرج الإستعمال التعسّفي للحقّ عن المعيار الذاتي الشّخصي، أو المعيار المادي الموضوعي وفقاً لفقرات المادّة والتي نصّت على: "يشكّل الاستعمال التعسّفي للحقّ خطأ، لاسيما في الحالات التالية :- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير، - إذا كان يرمي الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضّرر النّاشيء للغير، - إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة"، حيث جاءت الفقرة الأولى متضمّنة المعيار الشّخصي، وتضمّنت الفقرتان الثانية والثالثة المعيار الموضوعي ويمكن تفصيل ذلك كما يلي:

أ- المعيار الشّخصي أو الدّاتي.

يندرج تحت هذا المعيار قصد الإضرار بالغير وهو ما جاء بحسب المادة: "...إذا وقع بقصد الإضرار بالغير..."، فيكون الشّخص متعسّفاً إذا قصد بتصرفه إلحاق الضّرر بالغير، كمن يبني حائطا في ملكيته ويحجب النّور على جيرانه، فرغم أنّه يمارس حقّه لكن إذا ماتمّ إثبات قصد الإضرار بالغير عُدّ متعسّفاً، ويعدّ قصد

(1) السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني الجديد مصادر الإلتزام. ج 1 ص 948 و 949.

(2) علي علي سليمان. النظرية العامة للإلتزام . مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري. ص 210...212.

(3) السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني الجديد مصادر الإلتزام. ج 1 ص 955.

الإضرار بالغير من أبلغ صور التعسف في استعمال الحق، لأن القانون لا يحمي شخصا لا يحقق أي منفعة جزاء استعماله لحقه⁽¹⁾.

على الرغم من ذاتية هذا المعيار، إلا أنه يمكن أن يُدرج في الجانب الموضوعي العام للخطأ، فلا يكفي أن يقصد صاحب الحق الإضرار بالغير، بل يجب زيادة على ذلك أن يخرج بسلوكه عن نطاق السلوك المألوف للشخص العادي⁽²⁾، ويعد هذا المعيار من أقدم المعايير لأنه يخالف قصد الشارع في استعمال الحق، ولا أدل على ذلك قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ...﴾⁽³⁾، فلقد كانت الآية صريحة في إباحة استعمال حق الرجعة بغية استكمال الحياة الزوجية وليس الإضرار بالزوجة⁽⁴⁾، كما أن الله تعالى قد جعل من يقدم على هذا التصرف ظالما ولا بد من إزالة الضرر.

بإسقاط هذه المفاهيم على الطلاق، يتضح وجود النية المبيتة للرجل ليطلق زوجته بغرض الإضرار بها لا غير، ومن دون باعث وجيه على طلاقها، والنية هي سبب ذاتي داخلي في نفس المطلق ويصعب إثباته، ومع ذلك يمكن للقاضي استنتاجها، متى لمس تخلف الفائدة المرجوة من الطلاق، عارضا بذلك الأمر لمعيار سلوك الرجل العادي الذي لا يطلق إلا لسبب جوهري، وما عدا ذلك فهو يقصد الضرر وبالتالي متعسف في إيقاعه⁽⁵⁾.

ب- المعيار الموضوعي أو المادي.

تضمنت الفقرتان الثانية والثالثة من المادة 124 مكرّر من القانون المدني الجزائري هذا المعيار، والتي يندرج تحتها الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير، وكذا الحصول على فائدة غير مشروعة؛ ويمكن التفصيل كما يلي:

- الحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير.

يقصد بهذا المعيار أن يستعمل صاحب الحق حقه لتحقيق مصلحة تافهة، لا تتناسب تماما ما قد ينتج من أضرار، وعلى هذا الأساس فإن ضالة حجم المصلحة مقارنة مع الضرر الواقع يعتبر قرينة على الإضرار بالغير، ومن ثمّ التعسف⁽⁶⁾، فيمكن لمس وجود اختلال في التوازن بين المنفعة التي يصبو إلى تحقيقها صاحب الحق، وبين الضرر الذي يتحمّله الطرف الآخر، ويتمثل هذا الاختلال أساسا في الضرر الفاحش، ويتجلى هذا المعيار عموما إذا ضوّلت المصلحة بحيث لا تتناسب مع المفسدة إطلاقا⁽⁷⁾.

(1) فريدة محمدي (زواوي). المدخل للعلوم القانونية نظرية الحق. ص 153.

(2) السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني الجديد مصادر الإلتزام. ج 1 ص 955.

(3) سورة البقرة. الآية 231.

(4) جميل فخري محمد جانم. التداير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون. ص 75.

(5) عبد الهادي بن زينة. تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري. ص 168 و 169.

(6) جميل فخري محمد جانم. التداير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون. ص 79.

(7) فتحي الدريني. نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي. ص 346.

إنّ معيار تبيان تصرفات الشخص بهذا الخصوص هو ضرورة إخضاعه للسلوك المألوف للرجل العادي، فإذا تبين خلاف ذلك، فهذا يعني أنّ هذا الشخص إمّا مُستهتر لا يُبالي بما يصيب الناس من ضرر جسيم مقارنة مع يجنيه من منفعة، وإمّا يُضمر نية خفية للإضرار بالغير، تحت غطاء مصلحة غير جدية أو محدودة يسعى لتحقيقها، ويعتبر متعسفا في كلتا الحالتين ويتحمل المسؤولية القانونية⁽¹⁾.

قياسا على هذا الطرح يمكن لمس مدى تعسف المطلق في ظلم طليقته من خلال طلاقها، والزواج بأخرى خاصة إذا كان قادرا على التعدّد وتوافرت لديه شروط ذلك.

- الحصول على فائدة غير مشروعة.

يقصد بهذا المعيار استعمال الحقّ على الوجه غير المشروع، بأن يكون سبب ذلك مُناقضا لقصد الشرع والتشريع، وهو معيار موضوعي وإن كان الوصول إليه عاملا ذاتيا يتمثل في نية صاحب الحقّ، وهو تطبيق لمعيار الخطأ، فلا يعدّ التذرّع بممارسة الحقّ لا ابتغاء مصلحة غير مشروعة⁽²⁾، بغية الحصول على منفعة تتنافى والنظام العام أو الآداب العامة، كمن يطلق زوجته ليُعاشر امرأة بطريقة غير شرعية⁽³⁾.

إنّ الحقّ المخوّل للزوج في إيقاع الطلاق مختلف نوع ما عن نظرية الحقّ في القانون المدني، ذلك أنّه من طبيعة خاصة، ومن مصدر آخر يتجلى في العصمة الزوجية المستمدة من الشريعة الإسلامية، و مسألة التعويض عن الطلاق التعسفي⁽⁴⁾.

من خلال التعرّيج على معايير ضبط التعسف في استعمال الحقّ، وإسقاطات ذلك على مسألة الطلاق، يمكن تحديد معنى الطلاق التعسفي على أنّه الطلاق المُضرّ بالزوجة والمُسيء لسمعتها لا سيما إذا كان بدون مبرر شرعي أو قانوني مقبول⁽⁵⁾، فالطلاق يعتبر وسيلة مشروعة لإنهاء الزواج إذا ما استحال العشرة الزوجية وانتفت المودة والرحمة، وللرجل السلطة الكاملة في إيقاعه متى كان مُراعيا للشروط الشرعية والقانونية، على أساس أنّه الأحرص والأحوط لبقاء واستمرار الزوجية، كونه أنفق الكثير من الجهد والمال في تأسيسها، إلّا أنّ هذه السلطة ليست مطلقة في يده، بل يجب أن لا يكون متعسفا في طلاقه إيّاها، ولكي يكون كذلك لا بدّ من مراعاة شروط معينة.

رابعا: ضوابط التعويض عن الطلاق التعسفي.

حتى يُعتدّ بالطلاق التعسفي قانونا، لا بدّ من مراعاة ضوابط معينة لعلّ أهمّها شروطه، فضلا عن كيفية تقدير التعويض جرّاء وقوعه من طرف القضاة.

(1) السهوري. الوسيط في شرح القانون المدني الجديد مصادر الإلتزام. ج 1 ص 955.

(2) السهوري. المرجع نفسه. ج 1 ص 959.

(3) علي علي سليمان. النظرية العامة للإلتزام . مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري. ص 223.

(4) باديس ديابي. آثار فك الرابطة الزوجية. دار الهدى. عين مليلة، الجزائر، 2008، ص 7.

(5) العربي بلحاج . الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. ج 1 ص 233.

1- شروط التعويض عن الطلاق التعسفي.

لا يمكن الحديث عن التعويض عن الطلاق التعسفي بدون استحضار شروطه التي يمكن تفصيلها كما يلي:

أ- أن تكون الزوجية قائمة بين الزوجين، ب- أن يكون الطلاق من توقيع الزوج وإرادته المنفردة، ج- أن يكون الزوج متعسفا في طلاقه.

أ- أن تكون الزوجية قائمة بين الزوجين.

معنى هذا الشرط وجوب أن تكون علاقة الزواج فعلية، ولا يكفي بمجرد العقد بل يجب أن يقع الدخول والمعاشرة الزوجية، فتسلم الزوجة نفسها لزوجها وتمكّنه من الاستمتاع بها، فإذا لم تفعل لا يمكن اعتبار طلاقها في حالة حدوثه تعسفيا⁽¹⁾.

كما أن ما يفرض للمرأة المطلقة قبل الدخول ليس سوى تعويض عن الضرر المعنوي، وليس تعويضا عن الطلاق التعسفي، وفقا لقرار المحكمة العليا الذي نصّ على: من المقرّر قانونا أنّ تقدير الضرر مسألة موضوعية من اختصاص وتقدير قضاة الموضوع. ومتى تبين - من قضية الحال- أنّ الأسباب التي اعتمد عليها المستأنف في طلب قبل الدخول غير ثابتة، وإنّ عدم إتمام الزواج بالدخول يلحق ضررا معنويا بالمستأنفة، وعليه فإن قضاة المجلس بقضائهم بطلاق الزوجة قبل الدخول والحكم بتعويضها طبقوا صحيح القانون⁽²⁾.

كما أنّ المبالغ التعويضية التي تنالها المطلقة قبل الدخول تدخل في نطاق التعويض على تفويت الفرصة في الزواج من المطلق، وليس في إطار الطلاق التعسفي، وفقا للقرار الذي نصّ على: "لكن حيث يتّضح من خلال القرار المنتقد بأنّ مبلغ التعويض المحكوم به على الطّاعن والمقدّر بمبلغ 100.000 دينار هو تعويض للمطعون ضدها جبرا للضرر الذي أصابها من جرّاء تفويت فرصة الزواج عليها، باعتبار أنّ الطّاعن طلب بفسخ الزواج بعد مدّة طويلة من الإنتظار التي انتظرتها المطعون ضدها أثناء فترة الخطوبة، ولم تحقّق هدفها في الزواج بالطّاعن، وبالتالي فإنّ ما قضى به قضاة الموضوع من تعويض يتماشى والقانون"⁽³⁾.

ب- أن يكون الطلاق من توقيع الزوج وإرادته المنفردة.

إنّ الطلاق وسيلة في يد الرجل لحلّ رباط الزوجية إذا استعصى عليه إيجاد حلّ ناجع للمشاكل التي قد تحدث بينه وبين زوجته، لا سيما إذا كانت الخلافات جدية، ولا يمكن تجاوزها في ظلّ الشقاق المستمرّ الذي يعصف بالحياة الزوجية، ويجعل من المودة والرحمة أمران بعيدا المنال، ولما كان الرجل هو القيّم على زوجته بما له من واجبات مالية كالصّدق والنّفقة الزوجية، وضرورة صبره على زوجته، لقوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ

(1) باديس ديابي. آثار فك الرابطة الزوجية. ص 9.

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والموارث - قرار صادر بتاريخ 1999/03/16 ملف رقم 216865 - (المجلة القضائية. عدد خاص. 2001. ص 256).

(3) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والموارث - قرار صادر بتاريخ 2006/11/15 ملف رقم 372290 - (المجلة القضائية لسنة 2007. العدد الأول. ص 487).

بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا⁽¹⁾، فإنّ هذه الميزة التي تجعل من الطّلاق بالإرادة المنفردة للزوج بالمقابل ليست في صالحه، إذا ثبت تعسّفه في الطّلاق فيتحمل تبعه هذا الواقع ويتعلّق الأمر بالتّعويض، كما أنّه إذا لم يثبت التعسّف في جانبه فإنّ ذلك يحول دون مطالبتها بالتّعويض، وهو ما زكّاه قرار المحكمة العليا الذي نصّ على: "من المقرّر قانوناً أنّ الزّوجة تستحقّ التعويض في حالة نشوز الزوج أو تعسّفه في الطّلاق. ومن ثمّ فإنّ القضاء بخلاف هذا المبدأ يعدّ مخالفاً للقانون. ومتى تبين- في قضية الحال- أنّ قضاة الموضوع قضوا للمطعون ضدها بالتّعويض دون أن يحصل من الطّاعن أي تعسّف أو نشوز. فإنّهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون، ممّا يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئياً"⁽²⁾، بل وذهبت المحكمة العليا أكثر من ذلك من حيث اعتبار أنّ مجرد إيقاع الزوج للطّلاق بإرادته المنفردة يوجب التعويض، وهو ما تضمنه القرار الذي نصّ على مايلي: "... لكنّ كان هناك حكّمين قضائيين صادرين بين الطرفين وفي زمنين مختلفين بالطّلاق فإنّ المطلّقة لها الحقّ في التعويض عن كلّ طلاق، مادام طلب الطّلاق في كلتا الحالتين كان بإرادة الزوج -المطعون ضده- المنفردة..."⁽³⁾.

يُعدّ جعل التعويض جزاءً منطقيًا للطّلاق التعسّفي، وذلك بموجب المادة 52 من قانون الأسرة التي نصّت على: "إذا تبين للقاضي تعسّف الزوج في الطّلاق حكّم للمطلّقة بالتّعويض عن الضّرر اللاحق بها"، وهي خطوة جريئة تُحسب للمشروع الجزائري من خلال جعلها في صلب قانون الأسرة، ويجب أن يكون الزوج مُتعسّفًا في طلاقه إيّاها، وأن يلحق الزّوجة ضرر من هذا الطّلاق، فلم يوضّح المشروع في هذه المادة معيار الطّلاق التعسّفي، كما أنّه لم يحدّد حدًا أقصى ولا حدًا أدنى للتّعويض عن الضّرر اللاحق بالمطلّقة، فكان على الرّجل أن يُحسن استعمال حقّه في الطّلاق وإلاّ كان عليه التعويض⁽⁴⁾.

على أنّ أي طلاق تُطالب به الزّوجة يُعدّ مُسقطًا لحقّها في التعويض، وهذا ما يُساير خطّ المحكمة العليا من خلال قرارها الذي نصّ على: "من المقرّر قانوناً أنّ التعويض يجب على الزوج الذي طلق تعسّفًا زوجته ونتج عن ذلك ضرر لمطلّقتها، فإنّ كلّ زوجة بادرت بإقامة دعوى قصد تطليقها من زوجها وحكّم لها به، فالحكم لها بالتّعويض غير شرعي، ومن ثمّ فإنّ القضاء بخلاف هذا المبدأ يعدّ فهمًا خاطئًا للقانون. ولما كان من الثابت- في قضية الحال- أنّ الزّوجة هي التي طلبت التّطليق، فإنّ قضاة المجلس الذين وافقوا على الحكم الابتدائي، وتعديلا له برفع مبلغ التعويض ونفقة العدة ونفقة الإهمال، بالرّغم من تصريح الحكم الابتدائي

(1) سورة النساء. الآية 19.

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والموارث - قرار صادر بتاريخ 1998/11/17 ملف رقم 210451- (المجلة القضائية. عدد خاص. 2001. ص 252).

(3) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والموارث - قرار صادر بتاريخ 1989/03/27 ملف رقم 53017- (المجلة القضائية لسنة 1991. العدد الأول. ص 56).

(4) العربي بلحاج. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. ج 1 ص 238 و243.

بأنّ الزّوجة رفضت الرجوع، فإنّهم بقضائهم كما فعلوا فهموا المادة 52 من قانون الأسرة فهما خاطئا...⁽¹⁾، وهو ما يزكّيه اجتهاد آخر بنصّه على: "إذا كان يحقّ للزّوجة طلب التّطليق، فلا يجوز لقضاة الموضوع القضاء بتظليم الزّوج والحكم لطالبة التّطليق بالتّعويض عن الطّلاق التّعسّفي"⁽²⁾.

غير أنّ هذا الطّرح يصطدم بنصّ المادة 53 مكرّر بنصّها على: "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتّطليق أن يحكم للمطلّقة بالتّعويض عن الضّرر اللاحق بها"، وما يستتبع ذلك من اجتهادات المحكمة العليا في هذه الجزئية المثيرة للجدل، ومن بينها الاجتهاد الذي نصّ على: "من المقرّر قانونا أنّه يجوز تطليق الزّوجة عند تضرّرها، ومن المقرّر أيضا أنّه إذا تعسّف الزّوج في الطّلاق حكم للمطلّقة بالتّعويض عن الضّرر اللاحق بها، ومتى تبين- في قضية الحال- أنّ الزّوجة طلبت التّطليق لتضرّرها من ضرب الزّوج وطردها وإهمالها مع أولادها وعدم الإنفاق عليهم، الأمر الذي يجعلها مُحِقّة في طلب التّطليق والتّعويض معا لثبوت تضرّرها، وعليه فإنّ قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزّوجة وتعويضها طبقوا صحيح القانون..."⁽³⁾.

ج- أن يكون الزّوج متعسّفا في طلاقه.

تضمّنت المادة 52 من قانون الأسرة التعسّف في إيقاع الطّلاق من خلال نصّها على: "إذا تبين للقاضي تعسّف الزّوج في الطّلاق حَكَم للمطلّقة بالتّعويض عن الضّرر اللاحق بها"، ومن خلال صياغتها يتّضح أنّها لم تُعْطِ معنى واضحا للطّلاق التّعسّفي، فلم يُبيّن القانون الجزائري كفاية الأسباب المعقولة المبيّحة للطّلاق، بل جعل الأمر بيد القاضي بعد دراسة مُلابسات الطّلاق وأحوال الزّوجين وما أدى للانفصال بينهما، على أساس أنّ الطّلاق هو تصرف خطير يجب استعماله في الحدود الضيّقة وللضّرورة القصوى⁽⁴⁾، ولكن بالرجوع إلى نصّ المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري، يُفهم أنّه إذا لم يستطع الزّوج تبرير طلاقه أمام القاضي كان ذلك دليلا على أنّ الباعث من وراء طلاقه هو الإضرار بها، وتبرير الطّلاق يبقى مسألة موضوعية تخضع للسلطة التقديرية للقضاة، ويحقّ حينئذ للزّوجة المطالبة بالتّعويض عن الطّلاق التّعسّفي، ولقد أصبح هذا الأمر في الواقع هاجسا يؤرّق الأزواج في ظلّ صعوبة إقناع القضاة بأنّ الزّوج يمارس حقّه في الطّلاق، لاسيما إذا كانت الزّوجة ناشزا وفقا للمدلول الشرعي وليس القانوني واستحالة عشرتها، وعلى هذا الأساس وجب التّفكير مليّا في وضع أُطرٍ مُحدّدة ومعايير لتبيين معالم الطّلاق التّعسّفي، فالزّوج هو المُطالب بإثبات عدم تعسّفه وليست الزّوجة المُطالبة بإثبات التعسّف⁽⁵⁾.

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والموارث - قرار صادر بتاريخ 1989/03/27 ملف رقم 53017 - (المجلة القضائية لسنة 1991. العدد الأول. ص 56).

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والموارث - قرار صادر بتاريخ 2005/10/12 ملف رقم 345709 - (المجلة القضائية لسنة 2005. العدد الثاني. ص 419).

(3) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والموارث - قرار صادر بتاريخ 1998/07/21 ملف رقم 192665 عدد خاص. ص 116.

(4) العربي بلحاج. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. ج 1 ص 239.

(5) رسمية عبد الفتاح موسى الدوس. دعوى التعويض عند الطّلاق التّعسّفي في الفقه الإسلامي . دار قنديل للنشر. عمان، الأردن، ط1، 2010، ص 263.

و بالمقابل تظهر فكرة أخرى تتمثل في حال الطلاق التعسفي للمرأة التي ليس لها أهل أو مُنعت من العودة إليهم بعد طلاقها لرفض منهم، فتجد نفسها بلا عائل خاصة إذا كان المبلغ المحكوم لها كتعويض لا يغطي مصاريفها، وعلى هذ الأساس يمكن التفكير في جعل التعويض ممتداً على فترة زمنية معينة حتى يكفيها شرّ الضياع⁽¹⁾، ولقد تضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية بعض التفصيلات لعمل القاضي قبل الحكم لا سيما ما يتعلق بالتطليق من خلال المادة 451⁽²⁾.

فواضح أنّ الزوج عندما يتجاوز سلطته في الطلاق يتحمل تبعه ذلك من خلال التعويض، ويمتد الأمر حتى لحالات التطليق وفقاً للمادة 53 مكرّر التي نصّت على: "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلّقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"، بالإضافة إلى نصّ اجتهادي آخر في نفس المنحى: "من المقرّر قانوناً أنّه يحقّ للزوجة أن تطلب التطليق لكلّ ضرر معتبر شرعاً"، ومن المقرّر أيضاً أنّه "في حالة الطلاق يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرّر". ولما كان ثابتاً أنّ الضرر اللاحق بالزوجة كان مبالغ فيه متعسفاً من طرف الزوج، فإنّ تطليق الزوجة وحده لا يكفي لجبر الضرر وتعويضها مقابل الأضرار اللاحقة بها، فإنّ القضاة بقضائهم بتعويض الزوجة نتيجة إثبات الضرر من طرف الزوج طبقاً لأحكام المادة 55 من قانون الأسرة قد طبّقوا القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن⁽³⁾.

فقد عكست صياغة المادة 53 مكرّر تخبط المشرّع الجزائري، فمن جهة جعلها على محمل الجواز، فالضرر يوجب التعويض ولا يجعله جائزاً، فضلاً على أنّ المشرّع من خلال تحليل منحاه في صياغة هذه المادة، حينما تشبّث بالرأي القانوني الجاعل من فرض التعويض عن الضرر من جهة، ومن جهة أخرى جعله جوازياً لأنّ الأصل أنّ الطلاق الذي تطلبه المرأة لا تنال بموجبه التعويض، وقد حمّلت المحكمة العليا الزوجة جزءاً من المسؤولية في وقوع الطلاق وعدم اعتباره تعسفياً، وبالتالي عدم ترتيب التعويض عليه وفقاً للنصّ الاجتهادي⁽⁴⁾.

2- صور الطلاق التعسفي .

مع أنّ الطلاق التعسفي واحد في هدفه وهو الإضرار بالمطلّقة، وإساءة استعمال الزوج لسلطته التطبيقية، إلّا أنّه يأخذ عدّة أوجه لعلّ أهمّها:

- (1) الرشيد بن شويخ. شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية. ص 187.
- (2) نصّت المادة على: "يُعين القاضي ويكيّف الوقائع المعتمد عليها في تأسيس الأسباب المدعّمة لطلب التطليق طبقاً لأحكام قانون الأسرة. ويفصل في مدى تأسيس الطلب، أخذاً بعين الاعتبار الظروف التي قدّم فيها. يمكن للقاضي أن يتخذ كلّ التدابير التي يراها ملائمة، لا سيما الأمر بالتحقيق أو بخبرة طبية أو الانتقال للمعاينة. يتعيّن على القاضي تسبب الإجراءات المأمور به إذا تعلّق بخبرة طبية...".
- (3) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والموارث - قرار صادر بتاريخ 1997/12/23 ملف رقم 181648- (المجلة القضائية لسنة 1997. العدد الأول. ص 49).
- (4) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والموارث - قرار صادر بتاريخ 1998/11/17 ملف رقم 210451- (المجلة القضائية. عدد خاص. ص 252).

أ- الطلاق في الحيض.

يهدف الرجل من خلال الطلاق التعسفي في فترة حيض طليقته إطالة أمد العدة للإضرار بها، على أساس أنّ الحيضة التي وقع في الطلاق لا تحتسب في فترة العدة⁽¹⁾، ولقد أجمع الفقهاء على حرمة طلاق الحائض بدون رضاها، وكلّ من طلق زوجته رجعيًا وهي حائض يُجبر على مراجعتها حتى تطهر، ثمّ تحيض حيضة أخرى ثمّ تطهر منها، فإذا دخلت في الطهر الثاني طلقها أو إذا شاء أمسكها⁽²⁾، ودليلهم في ذلك هو الحديث: عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّهُ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ وَهِيَ حَائِضٌ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَسَأَلَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَنْ ذَلِكَ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: مُرْهُ فَلْيُرْجِعْهَا ثُمَّ لِيُمْسِكْهَا حَتَّى تَطْهَرُ ثُمَّ تَحِيضُ ثُمَّ تَطْهَرُ ثُمَّ إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ بَعْدُ وَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ قَبْلَ أَنْ يَمَسَّ فِتْلِكَ الْعِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ اللَّهُ أَنْ تُطَلَّقَ لَهَا النِّسَاءُ⁽³⁾.

ب- طلاق الهازل.

يسري طلاق الهازل لاستخفافه بقداسة الميثاق الغليظ، على اعتبار أنّه متعسف في إيقاعه، لأنّه لا يُعرف قصد الهازل في الطلاق، فلقد كان الرجل يطلق في الجاهلية ثم يقول كنت لاعبا، فعقبا له يسري طلاقه للحدّ من العبث في بعض الأمور الخطيرة التي من ضمنها الطلاق⁽⁴⁾، وذلك للحديث المروي عن أبي هريرة، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: ثَلَاثُ جِدْهِنَّ جِدٌّ، وَهَزْلُهُنَّ جِدٌّ: النِّكَاحُ، وَالطَّلَاقُ، وَالرَّجْعَةُ⁽⁵⁾.

ج- طلاق الثلاث بلفظ واحد.

يظهر تعسف الزوج في هذا الشأن باستعماله الطلاق دفعة واحدة، مُتجاوزا بذلك الحكمة المرجوة في جعل الطلاق في ثلاث طلقات، بغية إمكانية التراجع عن الطلاق⁽⁶⁾، فيتعمد المطلق أذية طليقته بجعل هذه الطلقات الثلاث طلقة واحدة قطعاً لأيّ مجال لرجعها، وبالتالي تبين عليه بينونة كبرى، ولا بد من أن تتزوج

(1) عبد الهادي بن زبطة. تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري. ص 123.

(2) بن جزي. القوانين الفقهية. ص 368؛ ابن قدامة. المغني. ج 8 ص 235؛ الكاساني. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ج 3 ص 96؛ الماوردي. الحاوي الكبير. ج 10 ص 114.

(3) أنظر: (البخاري. صحيح البخاري. كتاب الطلاق. باب قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى: يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ) أَخَصَيْنَاهُ حِفْظًا وَعَدَدْنَاهُ وَطَلَّاقُ السُّنَّةِ أَنْ يُطَلِّقَهَا طَاهِرًا مِنْ غَيْرِ جَمَاعٍ وَيُشْهَدُ شَاهِدَيْنِ، الحديث رقم 5251. ج 7 ص 41؛ مسلم. صحيح مسلم. كتاب الطلاق. باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها وأنه لو خالف وقع الطلاق ويؤمر برجعها، الحديث رقم 1471. ج 2 ص 1093؛ النسائي. سنن النسائي الكبرى. كتاب الطلاق. باب وقت الطلاق للعدة التي أمر الله جل ثناؤه أن تطلق لها النساء. الحديث رقم 5582. ج 3 ص 338؛ الترمذي. سنن الترمذي. كتاب الطلاق. باب ما جاء في طلاق السنة. الحديث رقم 1176. ج 3 ص 479؛ ابن ماجه. سنن ابن ماجه. أبواب الطلاق. باب طَلَّاقِ السُّنَّةِ. الحديث رقم 2019. ج 3 ص 181؛ أبوداود. سنن أبي داود. كتاب الطلاق. باب في طلاق السنة. الحديث رقم 2179. ج 1 ص 661؛ أحمد بن حنبل. مسند الإمام أحمد بن حنبل. الحديث رقم 6119. ج 2 ص 128؛ الدارقطني. سنن الدارقطني. كتاب الطلاق والخلع والايلاء وغيره. الحديث رقم 6. ج 4 ص 5؛ البيهقي. سنن البيهقي الكبرى. كتاب الطلاق. باب ما جاء في طلاق السنة وطلاق البدعة. الحديث رقم 14683. ج 7 ص 323.

(4) محمد أبو زهرة. الأحوال الشخصية. ص 269.

(5) رواه أصحاب السنن إلا النسائي: (الترمذي. سنن الترمذي. كتاب الطلاق. باب ما جاء في الجد والهزل في الطلاق. الحديث رقم 1184. ج 3 ص 490؛ ابن ماجه. سنن ابن ماجه. أبواب الطلاق. باب مَنْ طَلَّقَ أَوْ نَكَحَ أَوْ رَاجَعَ لِأَعْبَا. الحديث رقم 2039. ج 3 ص 197؛ أبوداود. سنن أبي داود. كتاب الطلاق. باب في طلاق السنة. الحديث رقم 2179. ج 1 ص 661).

(6) عبد الهادي بن زبطة. تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري. ص 124.

رجلا غيره، فيبني بها ثم يموت عنها أو يطلقها حتى تحلّ له ثانية، ولكن ذهب بعض الشّراح المعاصرين إلى اعتبار الطّلاقات الثلاث في حكم الواحدة، "تيسيراً على الناس، وصوناً للرابطة الزوجية، وحماية لمصلحة الأولاد، خصوصاً وأنّ الوقت الحاضر قلّ فيه الورع والاحتياط، وتهاون الناس في التلقّظ بهذه الصّيغة من الطّلاق، وهم يقصدون غالباً التّهديد والزّجر، ويعلمون أنّ في الفقه منفذاً للحلّ، ومراجعة الزّوجة"⁽¹⁾.

د- طلاق بقصد الحرمان من الميراث.

ينطبق هذا الطّلاق على المريض مرض الموت، الذي يطلق زوجته حتى يعاقبها بحرمانها من ميراثها إياه، فبطلان إياها تبين عليه ومن ثمّ لا ترثه، ولقد وردت العديد من التّعريفات بشأن المقصود بمرض الموت، من بينها تعريف المالكية على أنّه: "المرض المخوف وهو ما الشّان فيه أن يكون سببا في الموت، لا نحو رمد"⁽²⁾ أو خفيف صداع"⁽³⁾.

من خلال هذا التّعريف فإنّ مرض الموت يقصد به المرض الخطير والجسيم، والذي ينتهي بصاحبه للموت واستثناء بعض الأمراض البسيطة والعارضة، التي وعلى خطورتها قد لا تؤدي إلى الموت. كما وعرف الشّافعية مرض الموت على أنّه "كلّ ما يستعدّ بسببه للموت بالإقبال على العمل الصّالح، وقيل كل ما اتصل به الموت"⁽⁴⁾.

جاء تعريف الشّافعية لمرض الموت روحانياً، من حيث تركيز مريضه على المبادرة بإتيان أعمال البرّ والإحسان، إحساساً منه بقرب أجله، بسبب إصابته بمرض قد يؤدي به في أي وقت قصير. وعرف الحنابلة مرض الموت على أنّه "كلّ ما كان سببا صالحا للموت من الأمراض"⁽⁵⁾.

يعدّ تعريف الحنابلة لمرض الموت مقتضبا ورابطا بين الأمراض والموت، بصرف النّظر على خطورة المرض أو عدمه، طالما أنّه سينتهي بصاحبه في نهاية المطاف إلى الوفاة. وعرف الحنفية المريض مرض الموت على أنّه: "من لا يخرج لحوائج نفسه وكان الغالب من مرضه الموت وسواء كان صاحب فراش أم لم يكن"⁽⁶⁾.

يعتبر تعريف الحنفية دقيقاً نوعاً ما، من حيث تركيزه على التّفاصيل التي يمكن من خلالها معرفة الشّخص المريض مرض الموت، بعجزه حتى على قضاء حوائجه العادية، فضلاً على أنّ هذا المرض ليس من قبيل المرض العادي، بل يؤدي إلى حدوث الوفاة حقيقة، سواء كان ذلك من خلال مكوثه بالفراش أو عدم حدوث ذلك، في إشارة إلى بعض الحالات التي يمكن أن تعتبر مرض موت.

(1) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 9 ص 389.

(2) الرمد: بالفتح مصدر رمد يرمد الشيء: كان بلون الرماد وهو مرض يصيب العين. (أنظر: محمد رواس قلعة جي؛ حامد صادق قنبي. معجم لغة الفقهاء. ص 227).

(3) الدردير. الشّرح الصغير. ج 2 ص 527.

(4) الرّملي. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج. ج 6 ص 61.

(5) الهوتي. كشف القناع. ج 10 ص 173.

(6) الشيخ نظام. الفتاوى الهندية. ج 4 ص 176.

من خلال عرض مختلف التعاريف الخاصة بمرض الموت في المذاهب الفقهية الأربعة يمكن استنتاج الشروط الواجب مراعاتها لاعتبار المرض مرضا يؤدي للموت، فمن المنطقي أنه ليس كل مرض سيؤدي حتما للوفاة، وعلى هذا الأساس يمكن حصر هذه الشروط فيما يلي:

- أن يكون المرض قد أعجز المريض عن القيام بمصالحه.

المقصود بذلك المصالح الإعتيادية التي أُلِفَ قضاءها لما كان سليما كأعمال المهنة والتسوق، وليس ضروريا أن يلزم الفراش لاعتباره كذلك، والعكس صحيح بمعنى أنه قد يعجز الإنسان عن قضاء حوائجه، ومع ذلك لا يعتبر مريضا مرض الموت كالشيخوخة.

- أن يكون من الأمراض التي يغلب من جزائها الموت على من أصابته.

لا يكفي قعود المريض عن مزاولته نشاطه العادي باعثا على اعتباره مرضا مؤديا للموت، بل لا بد من أن تغلب الخشية من الهلاك والموت، وبالتالي استبعاد أي مرض بسيط يُشفى الشخص منه، حتى بالرغم من تفاقم حالته الصحية في بعض الأحيان، ويدخل في هذا النطاق الأمراض المزمنة التي تطرح أصحابها في الفراش ويطول موتهم منها⁽¹⁾.

- إنتهاء المرض بالموت الفعلي.

إن الأصل أنه إذا لم ينته المرض بصاحبه حتى لو ألزمه الفراش بالموت لا يُعتبر مرضا للموت، بل يجب أن توجد علاقة تلازمية سببية بين هذا المرض وحدث الموت المباشر، وعلى هذا تعتبر تصرفات هذا المريض عادية ولا يلحقها طلب الإبطال أو المعاقبة بنقيض القصد.

على أنه يمكن إلحاق بعض الحالات التي ليست من قبيل المرض ومع ذلك تَضُم إلى مرض الموت ومثال ذلك من قدّم للقصاص أو الرجم، وكذا من خرج للمبارزة، ومن وقع في فم سبع، ومن تحطمت السفينة التي كان يركبها وبقي على لوح بعد غرقها، ومن ضربها طلق الولادة⁽²⁾.

كما ويجب مراعاة شروط عديدة بغية اعتبار المطلق وهو في مرض الموت فارّا من ميراث زوجته يمكن حصرها فيما يلي:

* أن يكون طلاق بائنا، لأنه لو كان طلاق رجعي لم يعتبر فارّا، لأنّ الزوج لو طلق زوجته رجعيًا ثمّ مات عنها في عدّتها ورثته سواء كان سليما أو سقيما.

* أن يكون طلاقه إياها بغير رضاها، لأنه لو طلقها بائنا برضاها لم يعتبر فارّا ولا ترثه كما لو كان صحيحا.

* أن يموت قبل انقضاء عدّتها منه، فلو طلقها بائنا بغير رضاها ولم يمت حتى انقضت عدّتها منه لم ترثه، لانقضاء أي صلة بينهما.

* أن تكون الزوجة أهلا لإرثه من حين طلاقها لحين موته⁽³⁾.

(1) عبد العزيز محمودي . رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري . قصر الكتاب، البليدة، الجزائر، 2006 . ص 41 .

(2) جميل فخري محمد جانم. التداير الشرعية للحدّ من الطلاق النعسفي في الفقه والقانون. ص 200 و 201.

(3) محمد معي الدين عبد الحميد . الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية . المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، 2007 . ص 298 و 299 .

* ألا يكون الزوج مُكرها على الطلاق، لأنه بوجود الإكراه ينتفي قصد الفرار، فيكون بذلك مجبرا على طلاقها وينتفي قصد حرمانه إياها من ميراثه⁽¹⁾.

هـ- الطلاق بغير سبب وجيه.

يعدّ الطلاق الوسيلة الأنجع لحلّ الخلافات الزوجية نهائيا، إذا تفاقمت المشاكل واستحالت العشرة الزوجية، وعلى هذا الأساس لا بد أن ينبني وجود الطلاق على سبب جدّي وباعث جوهري، يجعل الرجل يلجأ إليه بعد طرقه كلّ السبل وإعطائه فرصا عديدة لزواجه حتى تستقيم بما يتمشى ومصلحة الحياة الزوجية المشتركة، أمّا إذا كان الزوج مطلقا زوجته لغير دافع مشروع، فإنه يُعدّ مُتَعَسِّفا في ذلك⁽²⁾، فالإسلام لم يترك الرجل يعبث بحقه في الطلاق دون رقيب أو تأديب، حيث أنه قرّر منذ البداية أنّ الطلاق محظور مكروه⁽³⁾، وأنه يُعدّ استثناء وتطبيقه ينبغي أن يكون في أضيق نطاق.

بالرجوع إلى المشرّع الجزائري، فإنه لم يضبط الحالات التي يكون فيها الزوج مُتَعَسِّفا في طلاقه، تاركا بذلك المجال للسلطة التقديرية للقضاة أثناء نظرهم دعاوى الطلاق، لاسيما الذي يكون بالإرادة المنفردة للزوج، وهو الأمر الذي قد يشوبه تعسف من القضاة في تقدير مدى تعسف الزوج في طلاقه، الذي يُعتبر متهما في طلاقه التّعسفي مهما كانت شروحاته وتبريراته أمام القاضي، وبخاصّة إذا طلبت الزوجة العودة لبيت الزوجية وأظهرت ندمها على أخطائها- هذا إن اعترفت بها أصلا-، ومع ذلك تضمّنت المحكمة العليا صورة من صور الطلاق التّعسفي، ويتعلّق الأمر بطلاق المريض مرض الموت الذي أكّدت على صحّته وترتيب جميع آثاره، باستثناء ميراث المطلقة منه عقابا له بنقيض قصده، وفقا للنص الاجتهادي التالي: "طلاق في مرض الموت - جواز ذلك- ماعدا حالة الحرمان من الميراث... حيث أنّ المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق وعليه فالطلاق المحكوم به صحيح شرعا وقانونا بخلاف الميراث، فإن حقّ الطاعة فيه ثابت شرعا إذا طلّقت في مرض الموت، لأنه لا يوجد أيّ تلازم بين العدة والحقّ في الميراث حتى ولو وقعت الوفاة بعد مدّة طويلة من انقضاء عدتها لاحتمال أنّ طلاقه لها كان بنية حرمانها من الميراث، عملا بقاعدة المعاملة بنقيض المقصود"⁽⁴⁾.

خامسا: المُرأى في التّعويض عن الطلاق التّعسفي.

يكتنف التّعويض عن الطلاق التّعسفي عدّة إشكالات، من حيث أساس وجوده، وفرضه، وكذا المعايير المراعاة في تقديره وفقا للتفصيل التالي:

(1) أحمد فراج حسين. أحكام التركات والموارث في الفقه والقانون. منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ط1، 2004. ص 119.

(2) العربي بلحاج . الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. ج 1 ص 234.

(3) عبير ربحي شاكر القدومي. التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية. ص 207.

(4) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والموارث - قرار صادر بتاريخ 17/03/1998- ملف رقم 179696 - (الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية والموارث - عدد خاص سنة 2001- ص 98).

1-أساس وجود التعويض عن الطلاق التعسفي.

نصت المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري على: "إذا تبين لقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"، وهو ما يؤكد الاتجاه العام لضرورة جبر الضرر اللاحق بالمطلقة تعسفاً، وإن كان نص المادة لا يتضمن الإشارة إلى نوعية الضرر المقصود الذي ينصرف منطقياً إلى الضرر بنوعيه المادي والمعنوي قياساً على تعويض الضرر الناشئ جراء العدول عن الخطبة⁽¹⁾.

كما أن التعويض المقرر للمطلقة تعسفاً مردّه إلى أمرين: الضرر اللاحق بها، وإلى التعسف في استعمال الزوج لحقه في الطلاق⁽²⁾، فالمعيار في هذا الشأن يقوم على أمرين: أحدهما شخصي ويتعلق بالنية أو الباعث، وثانيهما موضوعي ويشمل الموازنة بين الحقوق والظروف المحيطة باستعمال الحق، فالمعيار إذن توازني بالدرجة الأولى، طبقاً للقاعدة الشرعية "لا ضرر ولا ضرار"، ومن ذلك تظهر السلطة التقديرية للقاضي باعتباره حيادياً⁽³⁾.

فضلاً على أن التعويض المفروض للمطلقة مؤسس على التعسف في استعمال الحق، وليس على أساس النشوز المؤدّي للطلاق؛ ذلك أن نشوز الزوج هو التجافي عن زوجته ظلماً، فالزوجة التي خشيت إغراض زوجها عنها بسبب مرضها أو كبرها في السن أو قبحها، يمكن لها أن تصالحه مصداقاً لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُخْبِرَتِ الْأَنْفُسُ الشُّحَّ وَإِنْ تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾⁽⁴⁾، وقد يمتدّ النشوز للزوجة التي لا تطيع زوجها، على هذا الأساس، فالمقصود من المادة 52 هو التعسف المقصور حصرياً على الزوج، بينما تضمنت المادة 55 من قانون الأسرة الجزائري الحديث عن النشوز من خلال نصّها على: "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر"، فأجملت المادة الحديث عن الزوجين، فعلى القاضي أن يحدّد نشوز أحدهما ويحكم بالتعويض للطرف المتضرر، وبالتالي فيمكن أن تتحمّل الزوجة التعويض لنشوزها على العكس من الطلاق التعسفي الذي يتحمّل تبعته التعويضية الزوج فقط⁽⁵⁾.

يجدر التنبيه إلى أن التعويض عن الطلاق التعسفي لا يؤسس على أساس المسؤولية التقصيرية، وإنما مصدره مسؤولية الزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا من خلال اجتهادها الذي نصّ على: "إن الحكم بالتعويض عن الضرر طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمل التعويض عن الطلاق... لكن وحيث أن التعويض والتفقة المحكوم بهما هي ناتجة عن مدى تحمّل

(1) عبد الهادي بن زبطة. تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري. ص 189.

(2) الرشيد بن شويخ. شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية. ص 188.

(3) العربي بلحاج. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. ج 1 ص 238 و 239.

(4) سورة النساء. الآية 128.

(5) باديس ديابي. آثار فك الرابطة الزوجية. ص 19.

الزوج مسؤولية الطلاق وتقدير نفقة الإهمال وهذه المبالغ لا تدخل في تعويض الأضرار الناتجة عن التعسف الذي يكون بنية إلحاق الضرر بالغير كما لا تدخل في التعويض الناتج عن المسؤولية التقصيرية..."⁽¹⁾.

كما أن مجرد مباشرة الرجل لحقه الشرعي والقانوني في إيقاع الطلاق بالإرادة المنفردة يجعله تحت طائلة التعويض عن الطلاق التعسفي، وفقا للاجتهاد القضائي الذي نصّ على: "للمطلقة، في حالة وجود حكمين ناطقين بالطلاق بين الطرفين في زمنين مختلفين، الحق في التعويض عن كل طلاق، واقع بإرادة الزوج المنفردة"⁽²⁾، فهذا الاجتهاد يعتبر تعسفا في حق الرجل على أساس أنه يُظلمه في طلاقه مهما كانت الأسباب التي دفعته لذلك، غير أنه بالمقابل إذا برّر الزوج طلاقه، بإثباته النشوز الصادر منها أو الحكم عليها بجريمة الزنا مثلا، فلا يُعدّ مُتعسفا في إيقاع طلاقه، ولذلك لا تستحق المطلقة التعويض⁽³⁾.

2- تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي.

لقد منح قانون الأسرة الجزائري للقاضي السلطة التقديرية في تقدير مقدار التعويض عن الطلاق التعسفي، ولم يبيّن المشرع مقدار التعويض اللازم دفعه، ولا طريقة ذلك من حيث دفعه جملة أو على أقساط حسب مقتضى الحال، بحسب حالة يسر أو عسر الزوج من جهة، ومن جهة أخرى ضرورة مراعاة مقدار الضرر اللاحق بالزوجة وظروفها؛ فقانون الأسرة جاء عاما في هذه الجزئية بالذات ولم ينصّ على تبين الطريقة أو الآلية المعمول بها في تقدير هذه الأضرار.

فعلى الرغم من أنه لم يتضمن نصوصا صريحة لتقدير التعويض عن الطلاق التعسفي، لكن يمكن إيجاد بعض التفاصيل في المنظومة القانونية الجزائرية، ولا سيما القانون المدني من خلال المادة 131 التي تنصّ على "يقدّر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادتين 182 و 182 مكرر، مع مراعاة الظروف والملابسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدّر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضطرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير".

من خلال تفحص هذه المادة يتضح جليا مدى المرونة الموضوعية في أحكامها، التي من ضمنها جعل التعويض في يد القاضي الذي له دُربة في هذا المجال، من خلال الإحتكاك المتواصل والممارسة القضائية في عديد القضايا المماثلة، وعدم جعل المجال مفتوحا أمام المتقاضين للمطالبة بمبالغ التعويضات وإمكانية حدوث التعسف، ووضع حدّ لها من خلال السلطة التقديرية للقضاة الممنوحة لهم قانونا، وهذا بالرجوع إلى المادة 182 من القانون المدني التي تضمنت دور القاضي في تقدير التعويض، خاصة إذا لم ينص القانون على

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والموارث - قرار صادر بتاريخ 2000/02/22 ملف رقم 235367 - المجلة القضائية لسنة 2001 العدد الأول. ص 275.

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والموارث - قرار صادر بتاريخ 2005/10/12 ملف رقم 345709 - (المجلة القضائية لسنة 2005. العدد الثاني. ص 419).

(3) لحسين بن شيخ آث ملويا. المرشد في قانون الأسرة. ص 143.

ذلك، فنصت على: "إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد، أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب...".

على أن يتعدى التعويض للضرر المعنوي، وفقاً لنص المادة 182 مكرر من القانون المدني التي نصت على: "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كلّ مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة"، وإن كانت هذه المفاهيم الواردة في هذه المادة فضفاضة، وتحتمل التأويل طالما لم يقع ضبطها بدقة، وبالتالي إحالة هذا التقدير لسلطة القضاة الموضوعية وتأثير تكييفهم في تحديد مبالغ التعويض، على اعتباراً أنّ معظم المطلقات تعسّفاً يدّعين تعرضهن لإهانات من شأنها أن تندرج في نطاق هذه المادة.

لذلك تقع المسؤولية على عاتق القضاة في تقدير هذا التعويض، وطريقة أدائه وهو ما ذهب إليه المجلس الأعلى سابقاً من خلال اجتهاده الذي نصّ على: "إنّ حكم قضاة الموضوع بالتعويض المادي والمعنوي للزوجة، من جزاء طلاق زوجها لها بإرادته المنفردة، هي من المسائل التي تخضع لسلطتهم التقديرية"⁽¹⁾، فهذا الاجتهاد يعكس مدى أصالة الفكرة القانونية لدى المشرع الجزائري التي مفادها: أنّ التعويض يشمل الضررين المادي والمعنوي ويخضع لسلطة القضاة التقديرية.

كما نصّ اجتهاد المحكمة العليا على: "إنّ تقدير التعويض خاضع لسلطة قضاة الموضوع، وهو لا يخضع لرقابة المحكمة العليا، إلاّ إذا كان مُجحفاً بأحد الزوجين إجحافاً مألوفاً بالنسبة لحالتهما"⁽²⁾، فواضح أنّ مقدار التعويض مرتبط برأي القضاة الموضوعي وإحاطتهم بجميع الظروف المادية الخاصة بالزوجين، وهو ما جسده اجتهاد المحكمة العليا الذي نصّ على: "... وحيث أنّ تحديد التعويض عن الطلاق التعسّفي يعدّ من المسائل التقديرية التي يعود الاختصاص فيها لقضاة الموضوع دون غيرهم، إضافة إلى ذلك فإنّ طلاق امرأة بعد زواج دام أربعين سنة دون مبرّر لا يعوّض بأي مبلغ من المال"⁽³⁾.

كما يمكن ملاحظة أنّ المشرع الجزائري لم يضع حدّاً أدنى ولا أقصى للتعويض، فهو يخضع لنصّ المادة 132 من القانون المدني الجزائري التي نصّت على: "يعيّن القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف، ويصحّ أن يكون التعويض مقسطاً، كما يصحّ أن يكون إيراداً مرتّباً، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدّم تأمينا. ويقدر التعويض بالنقد..."، كما أنّ للقاضي الإنقاص من التعويض أو عدم الحكم به، إذا ثبت أنّ الطرف الآخر مُساهم بنسبة معيّنة في وقوع الضرر وهو ما تناولته المادة 177 من القانون المدني الجزائري التي نصّت على: "يجوز للقاضي أن يُنقص مقدار التعويض أولاً يحكم بالتعويض، إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه"، وهو الأمر الذي زكاه اجتهاد المحكمة العليا الذي نصّ على: "إذا كان يحقّ

(1) المجلس الأعلى - غرفة القانون الخاص - قرار صادر بتاريخ 1969/05/29. (النشرة السنوية. 1969 ص 306).

(2) العربي بلحاج. قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02/05 ومعلقاته عليه بمبديء المحكمة العليا خلال أربعين سنة 1966-2006. ص 246.

(3) (أنظر: المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والموارث - قرار غير منشور صادر بتاريخ 1986/02/24 ملف رقم 39689).

(3) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والموارث - قرار صادر بتاريخ 2006/07/12 ملف رقم 368660 - (المجلة القضائية لسنة

2006. العدد الثاني. ص 483).

للزوجة طلب التّطليق، فلا يجوز لقضاة الموضوع القضاء بتظلم الزوج والحكم لطالبة التّطليق بالتّعويض عن الطّلاق التّعسّفي⁽¹⁾.

جاء المشرع المغربي بفكرة نوعية مُقارنةً مع ما تضمّنه المشرع الجزائري بخصوص التّعويض عن الطّلاق التّعسّفي، حيث أنّه إذا لم تنجح محاولات الصّلاح في رأب الصدع بين الزوجين، كان على الزوج أن يودع لدى كتابة ضبط المحكمة خلال ثلاثين يوما مستحقّات الزّوجة والأطفال، بموجب المادة 83 من المدوّنة، وفي صورة لم يفعل اعتبر ذلك تراجعا عن رغبته في الطّلاق، ويتمّ الإشهاد على ذلك من طرف المحكمة⁽²⁾.

كما أنّ المشرع التونسي قد جعل فرض التّعويض بالسوية بين الزوجين، وربطه بالمسؤولية عن إحداث ضرر للطرف الآخر، وخصّ المرأة المطلقة بالتّعويض عن الضرر المادي بجرّية تصرف لها شهريا بداية من انتهاء العدة، مع مراعاة ما اعتادته من العيش خلال فترة الزّوجيّة بما في ذلك السّكن، علما أنّ هذه الجرّية تخضع للارتفاع أو الانخفاض بحسب الطّروف، وتستمرّ لحين وفاتها أو تزوّج أو تتحسنّ وضعيتها المالية، وفي حالة عدم دفعها تبقى ديناً على المُفارق وتعتبر ديناً من تركة، وهو ما نصّ عليه الفصل 31 من المجلة، فهذه الجرّية لها صبغة قانونية مزدوجة، فهي ذات صبغة تعويضية لكونها تهدف لتعويض ضرراً يمكن للزّوجة المطالبة به إلاّ إذا كانت متضرّرة، بوصفها مدّعية في قضيّة الطّلاق للضرر، أو بوصفها مدّعى عليها في قضيّة طلاق إنشاء، وتكتسي أيضا صبغة معاشية هدفها نفس المستوى المعيشي الذي كانت تعيشه خلال حياتها الزّوجيّة، أي تؤخذ الحالة المادية للطرفين، وتقبل الجرّية للمراجعة بالزيادة أو التّقصان أو الحذف بمراعاة الحالة المالية للمفارقة خاصّة إذا تزوّجت أو أصبحت في غنى عنها⁽³⁾.

من خلال تفحص اتفاقية القضاء على جميع أشكال التّمييز ضدّ المرأة، فإنّها لم تُفرد التّعويض المستحقّ جزاء الطّلاق التّعسّفي بنصّ مُحدّد، وإنّما عالجت الاستحقاقات الأسرية بشكل مُجمل وعام، من خلال الفقرة الأولى من المادة 13، التي يمكن إدراج التّعويض عن الطّلاق التّعسّفي في إطارها.

فضلا على أنّ الاتفاقية قد أشارت إلى تمتّع طرفي العلاقة الزّوجية بنفس الحقوق عند إنشاء الزّواج وانقضائه، والتي يمكن إدراج بعض الآثار المتعلّقة به كالتّعويض عن الطّلاق التّعسّفي، وهو ما تضمّنته المادة 16 في فقرتها (ج) بنصّها على: تتخذ الدّول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التّمييز ضدّ المرأة في كافة الأمور المتعلّقة بالزّواج والعلاقات الأسرية وبوجه خاصّ تضمن، على أساس تساوي الرّجل والمرأة: ... (ج) نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزّواج وعند فسخه".

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والموارث- قرار صادر بتاريخ 1993/02/23 ملف رقم 92674- (النشرة القضائية رقم 48. ص 171).

(2) عبد الكريم شهبون. الشّافي في شرح مدوّنة الأسرة. ج 1 ص 224.

(3) ساسي بن حليمة. محاضرات في قانون الأحوال الشخصية. ص 125.

3- الجوانب الإجرائية في المطالبة بالتعويض بسبب الطلاق التعسفي.

حتى يتمّ الحكم بالتعويض عن الطلاق التعسفي ينبغي مراعاة بعض الإجراءات الواجب توفّرها في هذا النوع من الطلاق، لا سيما إذا رأى القاضي مدى الضرر الذي لحق الزوجة، ووجوب جبره عبر التعويض الذي يختلف بحسب مدى الضرر، فكان لزاما أن يصدر قبل ذلك حكم بحلّ الرابطة الزوجية، ويجب أن يراعى فيها مايلي:

أ- إستصدار حكم بالطلاق.

لا يمكن الحديث عن التعويض في مادة الطلاق مالم يصدر حكم بذلك، ويكون ذلك باستصداره من خلال تحرير عريضة من نسختين أصليتين وفقا لما نصّ عليه قانون الإجراءات المدنية والإدارية، تكون مؤرخة وموقعة من الزوج أو من يمثله وتشمل بيانا للمحكمة المختصة، واسم ولقب الزوجة المدعى عليها وعرضا موجزا للوقائع والطلبات، وإيداعها على مستوى أمانة الضبط مع وصل تسديد الرسوم القضائية لتسجيل الدّعى ونسخة من عقد الزواج، وبعدها يجب التبليغ الرّسمي للزوجة بواسطة المحضر القضائي، على أن يكون التبليغ قبل عشرين يوم على الأقل من تاريخ أول جلسة، وفقا لما نصّت عليه المادة 16 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي نصّت على: "يجب احترام أجل عشرين (20) يوما على الأقل بين تاريخ تسليم التكليف بالحضور، والتاريخ المحدّد لأول جلسة، مالم ينصّ القانون على خلاف ذلك"، كما ينبغي تبليغ النيابة العامة بنسخة ثانية بواسطة المحضر القضائي أو أمين الضبط، ويكون التبليغ وجوبيا بموجب المادة 438 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي نصّت على: "يجب على المدعي في دعوى الطلاق، أن يبلّغ رسميا المدعى عليه والنيابة العامة بنسخة من العريضة المُشار إليها في المادة 436 أعلاه. ويجوز له أيضا تبليغ النيابة العامة عن طريق أمانة الضبط".

ولا يُعدّ الزوج الرّاغب في فكّ الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة مُجبّرا على أن يبرّر أسباب ذلك أمام القاضي، الذي يجدر به أن يسعى مرارا للصّحّ قبل أن يفصل في الدّعى، ومنح فرصة للزوجين للتّراجع من خلال مهلة للتّفكير، وفقا للمادة 442 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ويجدر بالقاضي تحرير محضر بنتائج محاولات الصّحّ موقعا من طرفه مع أمين الضبط والزّوجين الحاضرين أو مع الحاضر منهما فقط⁽¹⁾. وفي حال عدم التوصل إلى الصّحّ بين الطّرفين ينطق القاضي بالحكم بطلاق الطّرفين، ويعدّ هذا الحكم نهائيا وغير قابل للاستئناف فيما عدا الجوانب المادية، والتي يمكن أن يندرج التعويض في إطارها، وهذا وفقا للمادة 57 من قانون الأسرة.

وتجدر الإشارة إلى أنّ الأطراف المعنيين بالتّنازع في مسائل شؤون الأسرة معفيّون من تعيين محامي، أمام المحكمة الابتدائية، والأمر نفسه أمام المجلس القضائي، وهو ما أشارت إليه المادة 538 بنصّها على: "لا يكون تمثيل الأطراف بمحام وجوبيا في مادة شؤون الأسرة والمادة الاجتماعية بالنسبة للعمال".

(1) عبد العزيز سعد. إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية. ص 90.

وإذا كان الحكم غايبا فينبغي الطعن بطريق المعارضة وفقا للمادة 292 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ويعتبر الحكم كذلك إذا كان المدعى عليه لم يكلف بالحضور شخصيا، ولم يحضر أو ممثله إحدى الجلسات ولم يقدم مذكرة في الموضوع، وينبغي أن يكون الطعن في شكل عريضة مكتوبة تشمل ما تتضمنه الدعوى من بيانات منصوص عليها قانونا، يتم إيداعها أمام المحكمة التي أصدرت الحكم مالم ينص القانون على خلاف ذلك، وتجعل المعارضة من الحكم كأن لم يكن ما لم يكن الحكم معجلا، وتكون في أجل قدره شهر من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم الغيابي، ويعتبر الحكم الصادر بالفصل في المعارضة حضوريا وغير قابل للطعن فيه بالمعارضة من جديد وفقا للمادة 331 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

أما إذا كان الحكم حضوريا، وخلال مرحلة الاستئناف يتعين على ذي المصلحة الذي يرغب في الطعن في الحكم الصادر بشأن التعويض أن يودع عريضة كتابية مؤرخة وموقعة من الطاعن أو محاميه، لدى أمانة ضبط المجلس القضائي الذي صدر الحكم المستأنف عن قسم شؤون الأسرة التابع للمحكمة الموجودة في دائرة اختصاصه، كما يجوز إيداع العريضة الخاصة بالاستئناف بأمانة الضبط للمحكمة التي أصدرت نفس الحكم المطعون فيه، ويسجل في سجل خاص مرقم ومؤشر عليه من رئيس المحكمة، ويراعى في العريضة جميع التفاصيل المذكورة في الفقرتين الأولى والثانية للمادة 17 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وينبغي أن يتم التبليغ الرسمي مع مراعاة الفترة الواجب توفرها بين تاريخ التبليغ وتاريخ انعقاد أول جلسة، ومراعاة الأجل المحدد للاستئناف والمقدر بشهر واحد يبدأ احتسابه من يوم التبليغ بالحكم وفقا للمادة 336 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وفي صورة ما أراد أحد الأطراف أن يعترض على قرار الاستئناف، فبإمكانه أن يطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، بإيداع عريضة أمامها أو أمام المجلس القضائي الذي أصدر القرار، ويكون ذلك بواسطة محام معتمد لدى المحكمة العليا، وبإيداع عريضة كتابية تحت طائلة عدم القبول شكلا، مع مراعاة الأجل المحدد لذلك والمقدر بشهرين من تاريخ التبليغ الرسمي للقرار، وفقا للمادة 563 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وبعد ذلك ينبغي تبليغ الخصم خلال مدة شهر واحد من تاريخ إيداع العريضة أمام أمانة ضبط المجلس أو المحكمة العليا، ويترتب على الطعن بالنقض أنه إذا رفض الطعن من أحد الخصوم في موضوع غير قابل للتجزئة فهذا الطعن لا يكون مقبولا مالم يتم استدعاء باقي أطراف الدعوى، وفي حال قبول الطعن فتحيل المحكمة العليا القضية أمام الجهة القضائية مصدرة الحكم أو القرار بتشكيلة جديدة، أو أمام جهة قضائية أخرى من نفس النوع الدرجة⁽¹⁾.

ب- الاختصاص القضائي في التعويض عن الطلاق.

حدّد قانون الإجراءات المدنية والإدارية الاختصاص في مادة الطلاق وآثارها من حيث الاختصاص النوعي من خلال المادة 423 التي نصّت على: "ينظر قسم شؤون الأسرة، على الخصوص في الدعاوى الآتية: 1- الدعاوى

(1) عبد العزيز سعد. إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية. ص 298 و 299.

المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية وانحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة..."، وعلى هذا الأساس فقاضي شؤون الأسرة يتولى الفصل في مسألة التعويض كأثر مالي للطلاق.

أما بخصوص الاختصاص الإقليمي فحدّته المادة 426 بنصّها على: تكون المحكمة مختصة إقليمياً: 3- في موضوع الطلاق أو الرجوع بمكان وجود المسكن الزوجي".

مع ملاحظة ارتباط موضوع الطلاق أو التطليق بمسألة طلب التعويض بسبب الفعل الضار الصادر من الزوج كنشوزه أو الضرب والجرح، وهو ما أشارت إليه المادة 53 مكرّر بإمكانية تعويض طالبة التطليق عن الضرر، وكذا المادة 55 التي ربطت بين النشوز والتعويض، فيحكم القاضي بالتعويض فضلاً عن الطلاق وفقاً لسلطته التقديرية ولا سلطة للمحكمة العليا في الرقابة عليه⁽¹⁾.

الفرع الثاني: استحقاق نفقة المتعة.

تمتد الآثار المالية للطلاق لحق مالي آخر تستحقّه المطلقة يتمثل في المتعة التي يعتمدها الكثير من الاختلافات الفقهية، وتأثير ذلك على مسلك القضاء الجزائري، وعلى هذا الأساس وجب التفصيل فيها على النحو التالي:

أولاً: مفهوم المتعة .

لا بدّ من تبين معنى المتعة في الجانبين اللغوي والاصطلاحي كما يلي:

1- مفهوم المتعة في اللغة.

المتعة من منع الشيء مُتوعاً، وهي بالفرنسية (Don de répudiation)⁽²⁾ والانجليزية (Indemnity payable in certain cases of repudiation)⁽³⁾ وهي بمعنى: بلغ في الجودة الغاية في بابه وطلال فهو مائع، وهي مائعة، ويقال منع النهار والضحي بلغ غاية ارتفاعه⁽⁴⁾، ومن ذلك المتاع الذي هو "كُلُّ مَا يُنْتَفَعُ بِهِ كَالطَّعَامِ وَالزَّيِّ وَأَثَاثِ الْبَيْتِ وَأَصْلُ الْمَتَاعِ مَا يُتَبَلَّغُ بِهِ مِنَ الزَّادِ وَهُوَ اسْمٌ مِنْ مَتَعْتُهُ بِالتَّثْقِيلِ إِذَا أُعْطِيَتْهُ ذَلِكَ وَالْجَمْعُ أَمْتَعَةٌ"⁽⁵⁾، فالمتاع كل شيء يُنْتَفَعُ بِهِ وَيُتَبَلَّغُ بِهِ وَيُزَوَّدُ وَالْفَنَاءُ يَأْتِي عَلَيْهِ فِي الدُّنْيَا وَالْمَتْعَةُ الْعُمُرَةُ إِلَى الْحَجِّ⁽⁶⁾.

(1) عبد العزيز سعد. إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية. ص 95.

(2) يوسف شلالة. المعجم العملي للمصطلحات القانونية والتجارية والمالية فرنسي عربي فرنسي. منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر ص 195.

(3) محمد رواس قلعة جي؛ حامد صادق قنبي. معجم لغة الفقهاء. ص 404.

(4) إبراهيم مصطفى وآخرون. المعجم الوسيط. ج 2 ص 525؛ إسماعيل بن حماد الجوهري. الصحاح؛ تاج اللغة وصحاح العربية. ج 4 ص 417.

(5) الفيومي. المصباح المنير. ص 214.

(6) ابن منظور. لسان العرب. ج 8 ص 328.

وَتَرِدُ الْمُتْعَةُ بِمَعْنَى الْبُضَاعَةِ⁽¹⁾، من خلال قوله تعالى: ﴿وَلَمَّا فَتَحُوا مَتَاعَهُمْ...﴾⁽²⁾، وكذا بمعنى الإنتفاع والمنفعة⁽³⁾ لقوله تعالى: ﴿وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ بُيُوتِكُمْ سَكَنًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ جُلُودِ الْأَنْعَامِ بُيُوتًا تَسْتَخِفُّونَهَا يَوْمَ ظَعْنِكُمْ وَيَوْمَ إِقَامَتِكُمْ وَمِنْ أَصْوَافِهَا وَأَوْبَارِهَا وَأَشْعَارِهَا أَثَاءًا وَمَتَاعًا إِلَى حِينٍ﴾⁽⁴⁾.

كما ينصرف معنى المتعة إلى مُتْعَةُ النِّكَاحِ، أي الزواج بامرأة والتَّمتَّعَ بها أياما ثمَّ إخلاء سبيلها، ومُتْعَةُ الْحَجِّ بضمَّ الحَجِّ إلى العمرة، ومُتْعَةُ الْمَرْأَةِ ما وصلت به بعد الطَّلَاق⁽⁵⁾.

من خلال عرض مختلف المعاني اللغوية للمتعة يتضح ارتباطها بشكل عام بالانتفاع والمنفعة والاستفادة من أي شيء مفيد.

2- مفهوم المتعة في الاصطلاح.

وردت العديد من التعاريف الاصطلاحية للمتعة ومن بينها: "مال يجب على الزوج دفعه لامراته المفارقة في الحياة بطلاق وما في معناه بشروط"⁽⁶⁾، يتضح من خلال هذا التعريف أنَّ المتعة هي مبلغ من المال يدفعه الرجل المفارق لزوجته بسبب طلاقه إيَّاه وإخضاع ذلك لشروط معينة.

وعرَّفت المتعة على أنَّها: "ما يُعطيه الزوج لمن طلقها زيادة على المهر لجبر خاطرها المنكسر بالمُفرقة بقدر حاله"⁽⁷⁾، من خلال هذا التعريف يتضح أنَّ المتعة هي عطاء من الرجل الذي طلق زوجته وسبب لها ألما معنويا، ينبغي جبره تماشيا مع ظروفه المادية.

كما وعرَّفت المتعة على أنَّها "ما تُمتَّع به الزوجة وتُعطاه تعويضا لها عن الفرقة بينها وبين زوجها من الثياب التي تلبسها المرأة للخروج عادة أو ما يعادلها من مال أو أي عوض"⁽⁸⁾، واضح من خلال هذا التعريف أنَّه أضاف جديدا للتعريفات السابقة، من حيث النص على أنَّ المتعة هي تعويض للمُطلَّقة، وتعيين هذا التعويض من حيث القيمة المُشمَّلة على كسوتها بلباس يكون معدا للخروج أو ما يعادل ذلك من حيث القيمة المالية.

فضلا عن التعريفات السابقة عرَّفت المتعة على أنَّها: "ما يجب لحرّة أو سيد أمة على زوج بطلاق قبل دخول لمن لم يسم لها مهر"⁽⁹⁾، جاء هذا التعريف بتفصيل آخر غاية في الأهمية من حيث النص على جعل استحقاق المتعة للمطلَّقة قبل الدخول ولم يفرض لها صداق.

(1) القرطبي. الجامع لأحكام القرآن. ج 9 ص 224.

(2) سورة يوسف. الآية 65.

(3) ابن العربي. أحكام القرآن. ج 3 ص 149.

(4) سورة النحل. الآية 80.

(5) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي. القاموس المحيط.. ص 1507.

(6) الشربيني. مغني المحتاج. ج 3 ص 241.

(7) الدسوقي. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. ج 2 ص 425.

(8) أحمد فتحي بهنسي. نفقة المتعة بين الشريعة والقانون. دار الشروق، القاهرة، مصر، ط1، 1988. ص 25.

(9) الهوتي. شرح منتهى الإرادات. ج 3 ص 27.

بالرجوع إلى المشرع الجزائري فإنه لم يُفرد تعريفاً مخصوصاً للمتعة في صلب قانون الأسرة، ولكن بالرجوع لاجتهاد المحكمة العليا فقد نصّ أحدها على: "إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية تُقرّر للزوجة التي طلقها زوجها مُتعة لها تخفيفاً عن ألم فراق زوجها..."⁽¹⁾، فواضح مدى التأثير بتعريف المالكية من حيث التركيز التركيز على الجانب المعنوي المنكسر بسبب طلاقها.

ثانياً: مشروعية المتعة.

لقد وردت العديد من الآيات والأحاديث والأثر في شأن المتعة ومشروعيتها وفقاً لما يلي:

1- مشروعية المتعة من القرآن الكريم.

المتعة ثابتة من خلال النصوص القرآنية، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾⁽²⁾، قد اختلف المفسرون في هذه الآية، فقيل هي المتعة وأنها واجبة لكل مُطلّقة وقيل إنّ هذه الآية خاصّة بالثيبات اللواتي قد جومعن⁽³⁾.

وقال تعالى مخاطباً النبي ﷺ: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكَ إِن كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾⁽⁴⁾، أي: "فإنّي أمتعن ما أوجب الله على الرجال للنساء من المتعة عند فراقهم إياهنّ بالطلاق"⁽⁵⁾.

كما أنّها ثابتة من خلال قوله: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾⁽⁶⁾، أي وأعطوهن ما يتمتعن يتمتعن به من أموالكم، على أقداركم ومنازلكم من الغنى والإقتار⁽⁷⁾.

كما قال عز وجل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾⁽⁸⁾، فالمتعة هاهنا أعمّ من أن تكون نصف الصداق المُسمّى، أو المتعة الخاصة إن لم يكن قد سعى لها⁽⁹⁾.

2- مشروعية المتعة من السنة النبوية.

المتعة ثابتة من السنة النبوية الشريفة من خلال الحديث عن أبي أسيد رضي الله عنه قال خَرَجْنَا مَعَ النَّبِيِّ ﷺ حَتَّى انْطَلَقْنَا إِلَى حَائِطٍ يُقَالُ لَهُ الشَّوْطُ حَتَّى انْتَهَيْنَا إِلَى حَائِطَيْنِ فَجَلَسْنَا بَيْنَهُمَا فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ اجْلِسُوا

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والمواريث - قرار صادر بتاريخ 1985/04/08 ملف رقم 39731- (المجلة القضائية لسنة 1989 . العدد الأول. ص 89).

(2) سورة البقرة . الآية 241.

(3) الشوكاني . فتح القدير الجامع . بين في الرواية والدراية . ج 1 ص 260.

(4) سورة الأحزاب. الآية 49.

(5) الطبري . جامع البيان في تفسير القرآن . ج 20 ص 251.

(6) سورة البقرة. الآية 237.

(7) الطبري . جامع البيان في تفسير القرآن . ج 5 ص 120.

(8) سورة الأحزاب. الآية 49.

(9) ابن كثير. تفسير القرآن العظيم . ج 6 ص 441.

هَآ هُنَا وَدَخَلَ وَقَدْ أُتِيَ بِالْجَوْنِيَّةِ فَأُنْزِلَتْ فِي بَيْتٍ فِي نَحْلِ فِي بَيْتٍ أُمَيْمَةٍ بِنْتِ النُّعْمَانِ بْنِ شَرَّاحِيلَ وَمَعَهَا دَائِمَتُهَا خَاضِعَةً لَهَا فَلَمَّا دَخَلَ عَلَيْهَا النَّبِيُّ ﷺ قَالَ هِيَ نَفْسُكَ لِي قَالَتْ وَهَلْ تَهَبُ الْمَلِكَةَ نَفْسَهَا لِسُوقَةٍ قَالَ فَأَهْوَى بِيَدِهِ يَضَعُ يَدَهُ عَلَيْهَا لَتَسْكُنَ فَقَالَتْ أَعُوذُ بِاللَّهِ مِنْكَ فَقَالَ قَدْ عُذْتُ بِمَعَاذٍ ثُمَّ خَرَجَ عَلَيْنَا فَقَالَ يَا أَبَا أُسَيْدٍ اكْسُهَا رَازِقَتَيْنِ وَأَلْجِفْهَا بِأَهْلِهَا⁽¹⁾.

وَعَنْ عَائِشَةَ، أَنَّ عَمْرَةَ بِنْتَ الْجَوْنِ تَعَوَّذَتْ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ حِينَ أُدْخِلَتْ عَلَيْهِ، فَقَالَ: لَقَدْ عُذْتُ بِمَعَاذٍ، فَطَلَّقَهَا، وَأَمَرَ أَسَامَةَ، أَوْ أَنَسًا فَمَتَّعَهَا بِثَلَاثَةِ أَثْوَابٍ رَازِقِيَّةٍ⁽²⁾.

3- مشروعية المتعة من الأثر.

المتعة ثابتة من خلال الآثار المروية عن الصحابة رضي الله عنهم ومثال ذلك: عن إبراهيم بن عبد الأعلى عن سويد بن غفلة قال: كانت عائشة الخثعمية عند الحسن بن علي بن أبي طالب رضي الله عنه، فلما أصيب علي وبويع الحسن بالخلافة قالت لتهنك الخلافة يا أمير المؤمنين، فقال: يقتل علي وتُظهِرين الشَّماتة، اذهبي فأنت طالق ثلاثا، قال: فتلفعت نساها وقعدت حتى انقضت عدتها، وبعث إليها بعشرة آلاف مُتعة وبقيّة بقي لها من صداقها، فقالت: متاع قليل من حبيب مفارق، فلما بلغه قولها بكى وقال: لولا أنّي سمعت جدّي أو حدّثني أبي أنّه سمع جدّي يقول: أيّما رجل طلق امرأته ثلاثا مبهمّة أو ثلاثا عند الإقراء لم تحلّ له حتّى تنكح زوجا غيره لراجعتهما⁽³⁾.

وعن موسى بن عقبة عن نافع أنّ رجلا أتى بن عمر رضي الله عنهما فذكر أنّه فارق امرأته فقال أعطها كذا واكسها كذا فحسبنا ذلك، فإذا هو نحو من ثلاثين درهما قلت لنافع كيف كان هذا الرجل؟، قال كان متسددا وروينا من وجه آخر عن نافع عن بن عمر قال أدنى ما يكون من المتعة ثلاثين درهما⁽⁴⁾.

من خلال هذه الأدلة الصريحة يمكن إجمال الحكمة من تشريع المتعة على اعتبار أنّها بمثابة التعويض عن الضرر المادي أو المعنوي اللاحق بها جرّاء طلاقها، فضلا على أنّها تعتبر بمثابة الرّجوع والردع لكلّ زوج عابث بالطلاق، وتجعله يركن إلى التروّي ومشاورة الدّات قبيل الإقبال على الطلاق، لا سيما إذا كان الباعث عليه غير جدّي؛ وقد تجد المطلقة نفسها في فاقة بعد طلاقها في ظلّ انقطاع نفقة الزّوج بالطلاق، فكانت المتعة وسيلة لسدّ هذا الاحتياج الذي قد يُضاف إليه انكسار نفسي وألم داخلي بسبب وقع الطلاق على نفسها، وتكون المتعة كتطبيب لخاطرها وإدامة أواصر المحبة والتواد بين أهالي الزّوجين⁽⁵⁾.

(1) رواه البخاري (أنظر: البخاري. صحيح البخاري. كتاب الطلاق. باب من طلق وهل يواجه الرجل امرأته بالطلاق. الحديث رقم 5255 ج 7 ص 41).

(2) رواه ابن ماجه أنظر: سنن ابن ماجه. ج 3. كتاب الطلاق. باب متعة الطلاق. الحديث رقم 2037. ص 195.

(3) الدارقطني. سنن الدارقطني. كتاب الطلاق والخلع والإيلاء وغيره. الحديث رقم 82. ج 4 ص 30: البيهقي. سنن البيهقي الكبرى. كتاب الطلاق. باب المتعة. الحديث رقم 14269. ج 7 ص 257.

(4) البيهقي. سنن البيهقي الكبرى. كتاب الطلاق. باب المتعة. الحديث رقم 14184. ج 7 ص 244.

(5) جميل فخري محمد جانم. متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التّعسفي في الفقه والقانون. دارالحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط 1، 2009، ص 73...75.

ثالثاً: حكم المتعة.

في هذا الصدد ظهرت عديد الآراء الفقهية والمختلفة جوهرياً حول حكم المتعة مع استناد كل رأي إلى ما يزيّج طرحة في تأكيد حكمها، ولقد ألقى هذا الاختلاف بظلاله على منحى القضاء الجزائري في تبين أثر المتعة كأثر مالي للطلاق، وعلى هذا يمكن التفصيل في حكمها وفقاً لعدة آراء لما يلي:

1- الإتجاه الأول: المتعة واجبة لكل مطلقة.

يرى هذا الإتجاه بأن المتعة واجبة لكل مطلقة، وذلك بصرف النظر عن تسمية الصداق أو عدم تسميته، وسواء طلقت قبل الدخول أو بعده، وبذلك قال على بن أبي طالب والحسن وسعيد بن جبير وأبو قلابة والزهرى وقتادة والضحاك وأبو ثور، ورأى ذلك الحنابلة في رواية عن الإمام أحمد بن حنبل⁽¹⁾ والمالكية في قول⁽²⁾، ودليلهم في ذلك قوله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾⁽³⁾، كان ذلك دليلاً على أن لكل مطلقة متاعاً⁽⁴⁾.

2- الإتجاه الثاني: المتعة مستحبة لكل مطلقة.

رأى هذا الإتجاه أن المتعة مستحبة لكل مطلقة، وأخذ بذلك المالكية في المشهور⁽⁵⁾، والشافعية في القديم القديم وروي ذلك عن الليث بن سعد وابن أبي ليلى⁽⁶⁾، وقد استدّلوا في ذلك بقوله تعالى: ﴿...وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾⁽⁷⁾، حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ، وَلَوْ كَانَتْ وَاجِبَةً لَأُطْلِقَهَا عَلَى الْخَلْقِ أَجْمَعِينَ؛ فَتَعْلِيْقُهَا بِالْإِحْسَانِ، وَلَيْسَ بِوَاجِبٍ⁽⁸⁾.

3- الإتجاه الثالث: المتعة واجبة لكل مطلقة باستثناء المطلقة قبل الدخول وبعد تسمية الصداق.

يرى هذا الإتجاه أن المتعة واجبة لكل مطلقة، ماعدا المطلقة قبل الدخول بعد تسمية الصداق لها، وأخذ بهذا الرأي الشافعية في الجديد⁽⁹⁾ والحنابلة في رواية، وروي ذلك عن ابن عمر وعطاء والشعبي والنخعي والنخعي وأبي عبيد⁽¹⁰⁾، واستدلوا في ذلك بقوله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾⁽¹¹⁾، وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ...﴾⁽¹²⁾.

(1) ابن قدامة. المغني. ج 8 ص 47.

(2) الدردير. الشرح الصغير. ج 2 ص 616.

(3) سورة البقرة. الآية 241.

(4) الطبري. جامع البيان في تفسير القرآن. ج 5 ص 130.

(5) القرافي. الذخيرة. ج 4 ص 448.

(6) ابن قدامة. المغني. ج 8 ص 47.

(7) سورة البقرة. الآية 237.

(8) ابن العربي. أحكام القرآن. ج 1 ص 291.

(9) الشربيني. مغني المحتاج. ج 3 ص 241.

(10) ابن قدامة. المغني. ج 8 ص 47.

(11) سورة البقرة. الآية 241.

(12) سورة البقرة. الآية 237.

فجعل الله تعالى المتعة لكل مطلقه بهذه الآية، ثم استثنى في الآية الأخرى التي قد فرض لها ولم يدخل بها فأخرجها من المتعة⁽¹⁾.

4- الإتجاه الرابع: المتعة واجبة للمطلقة قبل الدخول وقبل تسمية الصداق.

يرى هذا الاتجاه بأن المتعة إنما تجب لكل مطلقه قبل الدخول وقبل أن يسمي لها الصداق، وذهب إلى ذلك الحنفية⁽²⁾ والشافعية في الجديد⁽³⁾ والحنابلة في الصحيح⁽⁴⁾، إلا أن الحنفية والحنابلة⁽⁵⁾ في قول قد ذهبوا إلى أن المتعة واجبة للمطلقة قبل الدخول في نكاح لم يسم فيه الصداق، وإنما فرض بعد العقد، ودليل هذا الإتجاه قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾⁽⁶⁾، فإن معنى ﴿...حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾⁽⁷⁾ حقت عليه القضاء وأحققت، أي أوجبت، وفي هذا دليل على وجوب المتعة مع الأمر بها، فقوله: ﴿حَقًّا﴾ تأكيد للوجوب، ومعنى ﴿عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ و﴿عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ أي على المؤمنين، إذ ليس لأحد أن يقول: لست بمحسن ولا متق، والناس مأمورون بأن يكونوا جميعا محسنين متقين⁽⁸⁾.

5- الإتجاه الخامس: المتعة واجبة للمطلقة قبل الدخول فقط.

يرى هذا الاتجاه أن المتعة تجب للمطلقة قبل الدخول فقط دون غيرها، وذهب إلى هذا الرأي الكرخي من الحنفية والنخعي في رواية⁽⁹⁾، والحنابلة في قول⁽¹⁰⁾، ودليلهم في ذلك قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَّخُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾⁽¹¹⁾، أوجب الله تعالى المتعة في الطلاق قبل الدخول من غير فصل بين ما إذا كان في النكاح تسمية أو لم يكن⁽¹²⁾.

6- الإتجاه السادس: المتعة واجبة لكل مطلقه لم يسم لها صداق.

رأى الإمام البخاري⁽¹³⁾ أن المتعة تستحقها المطلقة التي لم يسم لها صداق، واستدل بقوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ

(1) القرطبي. الجامع لأحكام القرآن. ج 3 ص 229.

(2) السرخسي. المبسوط. ج 6 ص 61.

(3) الرملي. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج. ج 6 ص 364.

(4) الحجاوي. الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل. ج 3 ص 223 و 224.

(5) ابن قدامة. المغني. ج 8 ص 48.

(6) سورة البقرة. الآية 237.

(7) سورة البقرة. الآية 237.

(8) القرطبي. الجامع لأحكام القرآن. ج 3 ص 203.

(9) الكاساني. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ج 2 ص 297.

(10) المرادوي. الإنصاف. ج 8 ص 299 و 300.

(11) سورة الأحزاب. الآية 49.

(12) الكاساني. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ج 2 ص 297.

(13) البخاري. صحيح البخاري. كتاب الطلاق. باب المتعة للتي لم يفرض لها... ج 7 ص 61.

قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالمُعْزُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ* وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ ﴿١﴾.

لم يتطرق المشرع الجزائري للمتعة في قانون الأسرة لحسم موقفه من الاختلافات الفقهية الجوهرية، لكن بالرجوع للقرارات القضائية فإنها وعلى تواترها تأثرت بالفقه الإسلامي من حيث التكييف، ومثال ذلك: "من القواعد المقررة شرعا أنّ المتعة لمن طلقها زوجها، وليست لمن طلقت نفسها بحكم، ومن ثم فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ مخالفا للنصوص الشرعية في فرض المتعة، ولما كان من الثابت - في قضية الحال- أنّ الزوجة أقامت دعوى التّطليق واستجابت المحكمة لطلبها ووافق المجلس عليه الذي يعدّ وحده عقابا للزوج بسبب إهماله، فإنّ القضاء بالمتعة للمطلقة يعدّ مخالفا للنصوص الشرعية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص نفقة المتعة"^(١).

فهذا القرار يعكس مدى خرق القانون بسبب إعطاء الزوجة للمتعة بسبب دعوى التّطليق، وعليه وبالمفهوم المخالف لهذا النص، فإنّه إذا كان الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج فهو مُطالب بأداء نفقة المتعة، قبل الدخول أو بعده، فالمحكمة العليا من خلال هذا القرار جنحت للرأي الفقهي الجاعل من المتعة واجبة لكلّ مطلّقة، دون اعتبار لميقات وقوع واقعة الطلاق بشرط عدم تسبّب المطلقة في طلاقها.

وفي قرار آخر تكون نفقة المتعة واجبة على كلّ مطلق يدفعها لتطيقته، بشرط أن لا تكون هي من سعت للطلاق أو تسببت فيه: "من المقررّ شرعا وقضاء أنّ المتعة تُمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج بها من طلاق غير مبرّر ويسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه، ولما كان ثابتا- في قضية الحال- أنّ القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم إلى الزوجين معًا، فلا سبيل لتعويض أحدهما ومنح المتعة للزوجة، ومتى كان كذلك استوجب النقض جزئيا فيما يخص المتعة"^(٢).

فالمُتعة تستحقّها كلّ مطلّقة بصفة وجوبية سواء كان الطلاق قبل الدّخول أو بعده، على أن يكون بالإرادة المنفردة للزوج، لأنّ إسهام الزوجة في الطلاق يحرمها من حقها في نفقة المتعة، كما أنّ هذا القرار أيضا لم يُشير إلى حالة وقوع الطلاق قبل الدخول وعدم تسمية المهر، بل جعل من نفقة المتعة حقا ماليا مطلقا لكل مطلّقة سواء تمّت تسمية المهر لها أو لم تتمّ.

كما وتُعتبر واجبا ملقى على عاتق المُطلق، ومن الآثار المالية لانحلال الرّابطة الزوجية وفقا لمايلي: "من المقررّ شرعا أنّ تواجب انحلال العصمة واجبة للمطلّقة قبل مُطلقها، ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ خرقا للأحكام الشرعية، ولما كان من الثابت - في قضية الحال- أنّ المجلس القضائي لما قضى بتأييد الحكم

(1) سورة البقرة. الآية 236 و237.

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والموارث - قرار صادر بتاريخ 1986/12/29 ملف رقم 43860- (المجلة القضائية لسنة1993. العدد الثاني. ص 41).

(3) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والموارث - قرار صادر بتاريخ 1986/01/27 ملف رقم 39731- (المجلة القضائية لسنة1993. العدد الرابع. ص 61).

المستأنف، مع عدم الحكم للزوجة المطلقة بالمتعة والنفقة وردّ الأثاث المطلوبة منها في مرحلة الإستئناف، يكون بقضائه كما فعل خالف القانون⁽¹⁾.

مما سبق فالمحكمة العليا قد أخذت الرأى الفقهي الموجب للمتعة، فهي واجبة لكل مطلقة دون تبين أو تفصيل لحالات وجوبها، أي أنها لم تنص على المطلقة قبل الدخول ولم يسم لها مهر، فالمحكمة العليا لم تأخذ برأى المالكية الذين جعلوا من المتعة جوازية.

رابعا: مقدار المتعة ومعيّار تقديرها.

يكتنف تحديد مقدار المتعة العديد من الاختلافات الفقهية التي تأثر بها المشرع الجزائري، وكان لها بالغ الأهمية في تقديرها من طرف القضاة أثناء نطقهم بأحكام الطلاق وما يترتب عنه من جوانب مالية، فضلا على ضرورة التفصيل بشأن المعيار المعتبر في تقديرها من حيث حالة أحد طرفي العلاقة الزوجية أو كلاهما، ولذلك يمكن التدقيق في هاتين المسألتين على النحو التالي:

1- مقدار المتعة.

يعتبر تحديد مقدار المتعة من المسائل الخلافية فقها بين مختلف المذاهب، وتجليات ذلك حول تقدير مقدارها في الأحكام القضائية في الجزائر ويمكن إجمال مجمل هذه التفرعات الخلافية كما يلي:

أ- الرأى الأول.

رأى الحنفية أن تقدير المتعة مرتبط بالثياب فيفرض للمتعة درع وخمار وملحفة⁽²⁾، وبذلك قال سعيد بن المسيّب وعطاء والحسن والشّعي⁽³⁾، ويجوز دفع قيمتها بدلا عن عينها وتُجبر على قبولها، لأنّ الأثواب ما وجبت لعينها، بل لأنها مال كالشاة في خمس من الإبل، واستدلوا بعموم الآيات الواردة في المتعة، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿... وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرَهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرَهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾⁽⁴⁾، وقوله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾⁽⁵⁾، والمتاع اسمٌ لِلْعُرُوضِ فِي الْعُرْفِ وَلِأَنَّ لِإِيجَابِ الْأَثْوَابِ نَظِيرًا فِي أَصُولِ الشَّرْعِ وَهُوَ الْكِسْوَةُ الَّتِي تَجِبُ لَهَا حَالٌ قِيَامِ النِّكَاحِ⁽⁶⁾، كما أن عطاء قال: "مِنْ أَوْسَطِ الْمُتَعَةِ الدَّرْعُ وَالْخِمَارُ وَالْمِلْحَفَةُ"⁽⁷⁾.

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والموارث - قرار صادر بتاريخ 1989/12/25 ملف رقم 57752- (المجلة القضائية لسنة 1991. العدد الثالث. ص 68).

(2) دِرْع (ما تلبسه المرأة فوق القميص)، وخمار (ما تغطي به المرأة رأسها)، وملحفة (ما تلتحف به المرأة من رأسها إلى قدمها). (أنظر هبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 9 ص 303).

(3) السرخسي. المبسوط. ج 6 ص 61.

(4) سورة البقرة. الآية 237.

(5) سورة البقرة. الآية 241.

(6) الكاساني. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ج 2 ص 304.

(7) أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبه العباسي الكوفي. مُصَنَّف ابن أبي شيبه. الدار السلفية الهندية، تحقيق: محمد عوامة. ج 5 ص 157.

ب- الرأي الثاني.

يمثل هذا الاتجاه المالكية، ويرون عدم تحديد المتعة بقدر محدد أو جنس معين، ومرجعيتهم في ذلك قوله تعالى: ﴿...وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾⁽¹⁾، ولذلك فإنّ المتاع "بما عُرف في الشرع من الاقتصاد"⁽²⁾.

ج- الرأي الثالث.

يرى هذا الاتجاه ممثلاً في الشافعية، أنّ مقدار المتعة يختلف بحسب القدر الواجب والقدر المستحب، فبالنسبة للمتعة الواجبة⁽³⁾ لها وجهان: وجه أول يقع عليه اسم المال، ووجه ثانٍ ويمثل رأي المذهب يقدرها الحاكم، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿...وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾⁽⁴⁾، أما المتعة المستحبة فيمّا أن تكون خادماً أو مقنعة، وأن لا تقلّ عن ثلاثين درهماً أو تساويها⁽⁵⁾، تساويها⁽⁵⁾، واستدلوا عن ابن عباس رضي الله عنه قال: أَرْفَعُ الْمُتْعَةَ الْخَادِمُ، ثُمَّ دُونَ ذَلِكَ: الْكِسْوَةُ، ثُمَّ دُونَ ذَلِكَ: النَّفَقَةُ⁽⁶⁾.

د- الرأي الرابع.

رأى الحنابلة أنّ أدنى قيمة للمتعة هي كسوة، يجوز لها أن تصلي فيها، إلّا أن يشاء هو أن يزيدها أو تشاء هي أن تنقصه، وأعلّاهها خادم⁽⁷⁾، واستدلوا بما ورد عن ابن عباس في تحديد مقدار المتعة. بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري فإنّ المشرع لم يُفرد مادة قانونية بعينها لتبيين مقدار المتعة، بل إنّ ذلك يكون في إطار السلطة التقديرية للقضاة، فاجتهادات المحكمة العليا توضح سير القضاة الذين وإن اختلفوا في تقديرهم لقيمة نفقة المتعة، إلّا أنهم متفقون على جعله مبلغاً من المال يعطى بحسب سلطتهم التقديرية وهو ما جعلته المحكمة العليا داخلاً في صلب اختصاص قضاة الموضوع⁽⁸⁾، وهو ما تضمّنه النصّ الاجتهادي التالي: "إنّ تحديد نفقات العدة والمتعة والنفقة الغذائية للزوجة المطلقة وأولادها المحضونين، وحقّ الحاضنة في السكن، تخضع لسلطة قضاة الموضوع التي خولها لهم القانون ولا رقابة للمحكمة العليا في ذلك"⁽⁹⁾.

(1) سورة البقرة. الآية 236.

(2) القرطبي. الجامع لأحكام القرآن. ج 3 ص 203.

(3) الشربيني. مغني المحتاج. ج 3 ص 241.

(4) سورة البقرة. الآية 236.

(5) الرّملي. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج. ج 6 ص 365.

(6) ابن أبي شيبة. مُصَنَّف ابن أبي شيبة. ج 5 ص 156.

(7) ابن قدامة. المغني. ج 8 ص 48.

(8) عبد الهادي بن زيطة. تعويض الضّرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري. ص 159.

(9) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1991/05/21 ملف رقم 72602 - (المجلة القضائية لسنة 1995. العدد

الأول. ص 149).

فجعل الأمر في هذه المسألة بالذات في يد قضاة الموضوع، دون إخضاعهم للرقابة من المحكمة العليا قد يولد تعسفا في بعض الحالات، الأمر الذي يمكن تداركه بضرورة تدخل المحكمة العليا في رقابتها على هذه المبالغ المفروضة درءا لأي ظلم مُحتمل ضد طرفي العلاقة الزوجية المنتهية.

غير أن نصا اجتهاديا آخر تضمن مايلي: "من المُستقرّ عليه قضاء أنّ تحديد مبالغ المُتعة والتّعويض ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غير أنّهم ملزمون بذكر أسباب تحديدها، ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ قصورا في التّعليل. ولما كان من الثّابت- في قضية الحال- أنّ قضاة المجلس برفعهم لمبالغ المُتعة والتّعويض والنّفقة المحكوم بها في محكمة أول درجة دون أن يبيّنوا أسباب ذلك شابوا قرارهم بالقصور في التّعليل. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"⁽¹⁾.

من خلال هذا النص الاجتهادي يتّضح مدى الحرّية المقيدة لقضاة الموضوع في تقدير مقدار المُتعة، من حيث أنّ لهم السّطة التقديرية في ذلك وضرورة تبرير أسباب فرضها، مع خضوعهم لرقابة المحكمة العليا إذا لم يلتزموا بها، ولذلك كان قرارهم قاصرا وفقا لهذا النص الاجتهادي ومحلا للنقض.

وعلى كلّ أصبح قضاة شؤون الأسرة في المحاكم الجزائية يعتمدون ما يشبه سقفا معيّنا وعرفا سائدا لديهم في تحديد المبالغ الدّاخلية في نطاق الآثار المالية للطلاق، ولا سيما المُتعة في ظلّ القصور التشريعي من جهة، ومن جهة أخرى السّطة التقديرية الممنوحة لهم، ولقد تضمن اجتهاد قضائي مبالغ مالية حُكم بها وزكاها قضاة المحكمة العليا حيث نصّ على: "...للعلم أنّ الحكم المستأنف قضى بتاريخ 2003/10/26 بفك الرّابطة الزوجية بين الطّرفين وعلى الطّاعن أن يؤدي للمطعون ضدها 30.000 دينار عدّة و 50.000 دينار متعة و 2.000 دينار نفقة...، وعليه فإنّ المحكمة العليا... لكن و حيث أنّه خلافا لمزاعم الطّاعن فإنّ المبالغ المحكوم بها ليست مبالغ فيها وأنّ قضاة الموضوع راعوا حال الطّرفين يسرا وعسرا وأنّ مراعاة حال الطّرفين يقتضي كذلك مراعاة حال الرّوجة يسرا وعسرا"⁽²⁾.

2- المُرعى في تقدير المُتعة.

إنّ جعل المُتعة مبلغا من المال في ظلّ الأحكام القضائية، يجعل من الأمر محلّ تساؤل من حيث ما يجب مراعاته أثناء تقديرها من خلال الحالة المادية لطرفي علاقتها، والمقصود بذلك أحد الزّوجين أو كلاهما، وفي هذا النّسق تفرّقت الآراء الفقهية إلى عدّة إتجاهات يمكن تفصيلها كما يلي:

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والموارث - قرار صادر بتاريخ 1991/06/18 ملف رقم 75029 - (المجلة القضائية لسنة 1994، العدد الثاني، ص 65).

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والموارث - قرار صادر بتاريخ 2008/04/11 ملف رقم 391655 - (المجلة القضائية لسنة 2008، العدد الأول، ص 250).

أ- الرأي الأول: المراعى في تقدير المتعة حال الزوج.

رأى الحنفية⁽¹⁾ في قول والمالكية⁽²⁾ في المشهور والشافعية⁽³⁾ في رواية والحنابلة⁽⁴⁾ في الصحيح إلى أن المتعة يراعى فيها حال الزوج، ودليلهم في ذلك قوله تعالى: ﴿...وَمَتَّعُوهُمْ عَلَىٰ مَوْسِعِ قَدَرِهِ وَعَلَىٰ مَقْتَرِ قَدَرِهِ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَىٰ الْمُحْسِنِينَ﴾⁽⁵⁾، أي وأعطوهم ما يتمتعن به من أموالكم، على أقداركم ومنازلكم من الغنى والإقتار⁽⁶⁾.

ب- الرأي الثاني: المراعى في تقدير المتعة حال الزوجة.

ذهب بعض الحنفية⁽⁷⁾ والمالكية⁽⁸⁾ في قول والشافعية⁽⁹⁾ في وجه والحنابلة⁽¹⁰⁾ في رواية إلى تقدير المتعة بحسب حال الزوجة، واستدلوا من المعقول أن المتعة كانت بمثابة نصف مهر المثل والمعتبر فيه هو حالها فكذلك الأمر في المتعة⁽¹¹⁾.

ج- الرأي الثالث: المراعى في تقدير المتعة حال الزوجين.

ذهب بعض الحنفية⁽¹²⁾ والشافعية في الصحيح⁽¹³⁾ والحنابلة⁽¹⁴⁾ في قول إلى أن المتعة تقدر بحسب حالة الزوجين معا، ودليلهم قوله تعالى: ﴿...وَمَتَّعُوهُمْ عَلَىٰ مَوْسِعِ قَدَرِهِ وَعَلَىٰ مَقْتَرِ قَدَرِهِ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَىٰ الْمُحْسِنِينَ﴾⁽¹⁵⁾، وأن يكون هذا المتاع بالمعروف، "فَلَوْ اعْتَبَرْنَا فِيهَا حَالِ الرَّجُلِ دُونَ حَالِهَا عَسَىٰ أَنْ لَا يَكُونَ بِالْمَعْرُوفِ لِأَنَّهُ يَقْتَضِي أَنَّهُ لَوْ تَزَوَّجَ رَجُلٌ امْرَأَتَيْنِ إِحْدَاهُمَا شَرِيفَةٌ وَالْأُخْرَىٰ مَوْلَاةٌ ذَنِيَّةٌ ثُمَّ طَلَّقَهُمَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهِمَا وَلَمْ يُسَمَّ لَهُمَا أَنْ يَسْتَوِيَا فِي الْمَتْعَةِ بِاعْتِبَارِ حَالِ الرَّجُلِ وَهَذَا مُنْكَرٌ فِي عَادَاتِ النَّاسِ لَا مَعْرُوفٌ فَيَكُونُ خِلَافَ النَّصِّ"⁽¹⁶⁾.

(1) السرخسي. المبسوط. ج 6 ص 63.

(2) القرافي. الذخيرة. ج 4 ص 450.

(3) الرملي. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج. ج 6 ص 365.

(4) البهوتي. كشف القناع. ج 11 ص 506.

(5) سورة البقرة. الآية 236.

(6) الطبري. جامع البيان في تأويل القرآن. ج 5 ص 120.

(7) الكاساني. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ج 2 ص 304.

(8) الرعيني. مواهب الجليل لشرح مختصر خليل. ج 5 ص 411.

(9) الشيرازي. المهذب في فقه الإمام الشافعي. ج 2 ص 63.

(10) المرداوي. الإنصاف. ج 8 ص 301.

(11) الكاساني. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ج 2 ص 304.

(12) الكاساني. المرجع نفسه. ج 2 ص 304.

(13) الشربيني. مغني المحتاج. ج 3 ص 242.

(14) المرداوي. الإنصاف. ج 8 ص 301.

(15) سورة البقرة. الآية 236.

(16) الكاساني. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ج 2 ص 304.

د- الرأي الرابع: المراعى في تقدير المتعة الواجبة حال الزوجة والمتعة المستحبة حال الزوج.

رأى بعض الحنفية⁽¹⁾ أن المتعة إذا كانت مُستحبة فيُراعى فيها حال الزوج، وإذا كانت واجبة فيقدر فيها حال الزوجة، وقياسهم في ذلك على أن المتعة الواجبة هي بديل عن صداق المثل فلذلك وجب مراعاة حالها. بالرجوع إلى منعى المشرع الجزائري، بخصوص ما يجب مُراعاته في تقدير المتعة فإن قانون الأسرة لم يتطرق لهذه الجزئية الهامة التي أوكلت المهمة للقضاة أثناء نظرهم دعاوى الطلاق، غير أن بعض الاجتهادات القضائية قد تطرقت لذلك.

فمن هذا المنطلق يمكن تحليل منعى اجتهادات المحكمة العليا في تقدير نفقة المتعة، من حيث قدرة الزوج أو مراعاة حال الزوجة أو حالتهما، وهو ما عالجته الاجتهاد القضائي الذي نص على: "من المقرر شرعا أن تقريرها يفرض للزوجة من حقوق على زوجها يخضع لتقدير قضاة الموضوع، فإن تسببه وبيان حالة الزوجين بيانا مفصلا، من غنى وفقر يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع للرقابة، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يُعد انتهاكا للقواعد الشرعية المُستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية. إذا كان الثابت أن قضاة الإستئناف رفعوا المبالغ التي حكم بها للزوجة، مُقتصرين في تبرير ما حكموا به على الإشارة إلى حالة الطرفين وطبقتهما الإجتماعية دون اعتبار لحالة وطبقة كل منهما أو غناهما أو فقرهما أو غبن أحدهما أو فقر الآخر، ودون اعتبار كذلك لمقدار ما يتقاضاه الزوج كأجرة شهرية، لمعرفة ما إذا كان ما حكموا به خاصة منه المتعة التي رفعت إلى غير ما هو مألوف أن يعطي عادة بما يتناسب مع إمكانيات الزوج المادية فإن هؤلاء القضاة فصلوا بدون تسبيب وإعطاء شيء غير مألوف دون الإستناد على أي قاعدة شرعية. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يتعلق برفع مبلغ المتعة دون إحالة"⁽²⁾.

من خلال تمحيص هذا الإجهاد القضائي، يتضح بصورة جلية أن المحكمة العليا نقضت القرار القاضي برفع مبلغ نفقة المتعة دون مراعاة للحالة المادية للزوج، وعلى هذا الأساس فنفقة المتعة وفقا لهذا النص الاجتهادي تقدر بمبالغها بحسب حالة الزوج المالية يسارا وإعسارا، وليس بحالة الزوجين إعمالا لنص الآية: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾⁽³⁾.

غير أن المحكمة العليا لم تكن ثابتة على هذا المبدأ، إذ أنها جعلت في نص اجتهادي آخر المعيار المراعى في تقدير المبالغ الداخلة في نطاق الآثار المالية للطلاق، ولا سيما المتعة هو الحالة العامة للزوجين، الأمر الذي يمثل تخبطا يعكس مدى تأثرها بالاختلافات الفقهية الجوهرية بهذا الخصوص فنص قرار على: "...للعلم أن الحكم المستأنف قضى بتاريخ 2003/10/26 بفك الرابطة الزوجية بين الطرفين وعلى الطاعن أن يؤدي للمطعون ضدها 30.000 دينار عدة و 50.000 دينار متعة و 2.000 دينار نفقة...، وحيث أنه خلافا لمزاعم الطاعن فإن

(1) السرخسي. المبسوط. ج 6 ص 63.

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1984/03/02 ملف رقم 32779 - (المجلة القضائية لسنة 1989، العدد الثاني، ص 61).

(3) سورة البقرة. الآية 236.

المبالغ المحكوم بها ليست مبالغ فيها، وأنّ قضاة الموضوع راعوا حال الطرفين يسرا وعسرا وأنّ مراعاة حال الطرفين يقتضي كذلك مراعاة حال الزوجة يسرا وعسرا⁽¹⁾.

من خلال النص الاجتهادي يتبين أنّ المبالغ المطروحة في القرار قد تمّ تزكيته من قبل المحكمة العليا ورفض طعن الرجل القاضي بخفض المبالغ المحكوم بها والتي يدخل ضمنها مبلغ المتعة المقدّر ب 50.000 دج والذي يعدّ مبلغا معتبرا لا سيما في سنة 2008 تاريخ صدور القرار، وضرورة الأخذ بالحسبان الحالة المادية للزوج واحتياجات الزوجة .

خامسا: مدى ارتباط المتعة بالتعويض عن الطلاق.

للمطلقة الحقّ في نيل التعويض عن الطلاق متى كان تعسفيا، ويعتبر كذلك متى كان بدون سبب ومبرّر شرعي أو قانوني⁽²⁾، فللزوج كامل الحرية في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، على أن يراعي في ذلك توافقه مع الشرع والتشريع، وقد يتحمّل التعويض في صورة ما كان متعسفا في طلاقه، وهو ما نصّت عليه المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"، وهذه المادة إعمال لإجرائي لمضامين المادة 124 من القانون المدني الجزائري التي توجب التعويض على كلّ من تسبّب في وقوع ضرر للغير بنصّها على: "كلّ فعل أيّا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبّب ضررا للغير، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"، فالزوج ملزم وفقا لهذه المادة وأيضا للمادة 52 من قانون الأسرة بتبرير مسببات طلاقه وإن عجز عن ذلك، فهو مطالب بأداء التعويض عن الطلاق التعسفي للمطلقة. بالرجوع إلى مفهوم المتعة وبحسب الاختلافات الفقهية، فإن المطلقة تستأهلها إذا طلّقت قبل الدخول ولم يسمّ لها مهر، أو تستحقّها كلّ مطلقة دون تقييد ميعاد طلاقها، ويمكن كشف بعض نقاط الإتفاق بين المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي، في أنّهما يشتركان في كونهما يفرضان بعد الطلاق البائن، ولهذا فالمطلقة طلاقا رجعيّا لا تستحقّ المتعة، ولا التعويض عن الطلاق التعسفي إلّا بعد انقضاء العدة، كما أنّهما لا يؤثّران على الحقوق المالية للمرأة كالصّداق أو التّفقة، ولا يوجد معيار محدّد لكليهما من حيث الحدّ الأدنى ولا الأقصى، فضلا على أنّ المتعة جاءت بنص صريح بينما يكون التعويض جزاء التعسف⁽³⁾.

بالمقابل يمكن إبراز بعض الاختلافات بينهما، من حيث أنّ المتعة مقرّرة شرعا بموجب القرآن والسنة النبوية بينما التعويض عن الطلاق التعسفي يكون أمرا اجتهاديا وتقديريا بين القضاة، كما أنّ المتعة قد تُفرض لكلّ مطلقة بينما التعويض عن الطلاق التعسفي يكون في صورة ما إذا كان الرجل متعسفا فقط⁽⁴⁾.

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والمواريث - قرار صادر بتاريخ 2007/04/11 ملف رقم 391655 - (المجلة القضائية لسنة 2008، العدد الأول، ص 249).

(2) العربي بلحاج . الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. ج 1 ص 233.

(3) رسمية عبد الفتاح موسى الدوس. دعوى التعويض عند الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي. ص 188.

(4) جميل فخري محمد جانم. متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون. ص 234 و 235.

من هذا المنطلق وبفحص الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا في هذا الخصوص، يتّضح أنّها ربطت بين المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي، من خلال الاجتهاد الذي نصّ على "إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقرّر للزوجة التي طلقها زوجها مُتعة لها تخفيفاً عن ألم فراق زوجها، وهي في حدّ ذاتها تُعتبر تعويضاً، فإنّ القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعتبر خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، لذلك يستوجب نقض القرار الذي قضى للزوجة المطلقة بدفع مبلغ مالي لها باسم متعة وبدفع مبلغ مالي آخر كتعويض"⁽¹⁾.

من خلال تحليل هذا الاجتهاد يتّضح جلياً أنّه سوّى بين المفهومين وجعل من نفقة المتعة مُرادفاً للتعويض عن الطلاق التعسفي، وهو ما يذهب إليه العديد من الشّراح المعاصرين⁽²⁾، على أساس أنّ نفقة المتعة هي مفهوم شرعي فرضه الله تعالى على المطلقّ تجاه طليقته، بينما يعدّ التعويض عن الطلاق التعسفي واجباً مالياً للمطلّقة يفرضه القانون جرّاء وجود تعسف في إيقاع الطلاق، وهو الأمر الذي جعل من المحكمة العليا تنصّ على أنّهما مُسمّيان لمعنى واحد⁽³⁾.

من ثمة لا يمكن إرغام الرّجل على دفع مبلغين ماليين طالما أنّ المتعة هي بديل للتعويض، وما يُغذّي هذا الطّرح هو اجتهادات قضائية أخرى تصبّ في نفس المنحى ومنها: "من المُقرّر شرعاً وقضاء أنّ المتعة تُمنح للزوجة مقابل الضّرر الناتج بها من طلاق غير مبرّر ويسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه. ولما كان ثابتاً - في قضية الحال- أنّ القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم إلى الزّوجين معاً، فلا سبيل لتعويض أحدهما ومنح المتعة للزوجة، ومتى كان كذلك استوجب التّقصّ جزئياً فيما يخص المتعة"⁽⁴⁾.

إنّ هذا الاجتهاد كذلك يعكس مدى تأثير المحكمة العليا بفكرة مؤدّاها أنّ المتعة هي بديل عن التعويض عن الطلاق التعسفي، وما يؤخذ على هذا الإتجاه الاجتهادي أنّه ركّز على المساواة بين المتعة والتعويض دون الالتفات إلى زمن وقوع الطلاق، واستحقاق المطلّقة قبل الدخول نفقة المتعة عملاً ببعض الآراء الفقهية، التي وإن اختلفت في تقريرها إلّا أنّها جعلت هذه الحالة سبباً مباشراً في استحقاق المطلّقة لها، إذن فهذا الإتجاه الأول للمحكمة العليا يجعل من التعويض رديفاً للمتعة، مع العلم أنّ نفقة المتعة قد جعلت بالأساس لكل من طلقها زوجها قبل الدّخول ولم يُسمّ لها مهراً.

من جهة أخرى، ومن خلال البحث في اجتهادات المحكمة العليا يظهر اجتهاد ينصّ على: "من الأحكام الشرعية أنّ للزوجة المطلّقة طلاقاً تعسفياً نفقة عدّة، نفقة إهمال، نفقة مُتعة وكذلك التعويض الذي قد يحكم به لها من جرّاء الطلاق التعسفي، وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلّقة

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1985/04/08 ملف رقم 39731 - (المجلة القضائية لسنة 1989. العدد الأول. ص 89).

(2) العربي بلحاج. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. ج 1 ص 233؛ وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 9 ص 499.

(3) عبد الهادي بن زينة. تعويض الضّرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري. ص 161.

(4) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1986/01/27 ملف رقم 39731 - (المجلة القضائية لسنة 1993. العدد الرابع. ص 61).

وفي أي إطار تدخل، والقضاء بما يُخالف هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح للزوجة المطلقة مبلغا إجماليا من النقود مقابل الطلاق التعسفي⁽¹⁾.

يعتبر هذا الإجهاد العكس النقيض للاجتهادات السابقة، فهو ينص صراحة على استحقاق المطلقة للحقين الماليين، الأمر الذي يجعل منهما مفهومين متباينين، فواضح مدى التناقض الذي سارت عليه المحكمة العليا في تحديد مفهوم المتعة ومقاربتها للتعويض عن الطلاق التعسفي⁽²⁾، فلقد ركزت جُلّ اجتهاداتها على الربط بين المفهومين من دون أن تتعرض للمفهوم الجوهري للمتعة، فلم تتعرض ولو بالإيماء للمطلقة قبل الدخول ولم يسم لها المهر، فواضح مدى الضبابية التي بنت عليها اجتهاداتها وجعلت نفقة المتعة هي نفسها التعويض فيما جعلتها مختلفة عنها في اجتهاد آخر.

إنّ الإتجاه الإجهادي للمحكمة العليا المؤيد لفكرة المساواة بين نفقة المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي، جعل من شروط استحقاق المطلقة التعويض أو المتعة، أن يكون الطلاق تعسفيا بإيقاع الزوج، وهو الأمر الذي يجسده اجتهاد قضائي: "من المقرّر شرعا أنّ المتعة شرعت للمرأة التي يختار زوجها فراقها وليست للمرأة التي تختار فراق زوجها، ومن ثم فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يُعدّ مخالفا للقواعد الشرعية. ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن قضاة المجلس بتأييدهم الحكم المستأنف القاضي بتطبيق المطعون ضدها من الطاعن والحكم لها بالمتعة يكونوا بقضائهم كما فعلوا خالفوا القواعد الشرعية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"⁽³⁾، فواضح من خلال هذا الإجهاد أنّ اختيار الزوجة مفارقة زوجها يحول دون استأهالها واستحقاقها لنفقة المتعة.

إنّ ما يمكن ملاحظته من هذه الاجتهادات القضائية السابقة أنها أمنت في حرمان الزوجة المطالبة بالطلاق من المتعة من جهة، ومن جهة أخرى جعلت المتعة مساوية للتعويض، وبذلك خالفت الفقه الإسلامي فيما يخص استحقاق المطلقة قبل الدخول والتي لم يسم لها المهر.

إنّ تعامل المحكمة العليا من خلال اجتهاداتها بخصوص نفقة المتعة جعل الأمر في الحقيقة غير مفهوم، حيث أنها نصّت في اجتهاد قضائي على "...وعلى الطاعن أن يؤدي للمطعون ضدها 30.000 دينار عدة و 50.000 دينار متعة و 2.000 دينار نفقة..."⁽⁴⁾ فلقد تناول هذا النص الإجهادي المتعة دون التعويض عن الطلاق التعسفي؛ الأمر الذي يفهم ضمنا أنهما وجهان لعملة واحدة.

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1986/04/07 ملف رقم 41560- (المجلة القضائية لسنة 1989. العدد الثاني. ص 69).

(2) باديس دياي. آثار فك الرابطة الزوجية. ص 27.

(3) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1986/04/07 ملف رقم 41560- (المجلة القضائية لسنة 1989. العدد الثاني. ص 69).

(4) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 2007/04/11 ملف رقم 391655- (المجلة القضائية لسنة 2008. العدد الأول. ص 249).

لكن من خلال مُراجعة بعض الإجهادات القضائية الأخرى للمحكمة العليا يتّضح أنّها لم تذكر نفقة المُتعة كما جرى مع الإجهاد السّالف الذّكر، ومثال ذلك هو "... قضى برفع مبلغ التّعويض عن الطلاق التعسّفي إلى ثمانين ألف دينار، ونفقة العدة والمسكن إلى أربعة وعشرين ألف دينار، وهو الحكم الذي يكون قد قضى بالطلاق بين الطّرفين مع التّعويض عن الطّلاق التعسّفي ومبلغ نفقة العدة والمسكن فضلا عن نفقة الإهمال للمطعون ضدها بمبلغ 2.000 دينار شهريا..."⁽¹⁾، فقدعادت اجتهادات المحكمة العليا من خلال هذا النّص إلى الحديث عن التّعويض عن الطّلاق التعسّفي دون نفقة المُتعة، الأمر الذي يجعل منهما مسعىً لأمر واحد.

بفحص هذا النّص الإجهادي أيضا والذي نصّ على: "... وإلزام الطّاعن أن يدفع للمطعون ضدها مبلغ مائة ألف دينار تعويضا عن الضّرر اللاحق بها ومبلغ ثلاثين ألف دينار نفقة عدة ومبلغ أربعة آلاف دينار نفقة إهمال تسري ابتداء من شهر جانفي 2009 إلى غاية النّطق بالحكم..."⁽²⁾.

أيضا النّص الاجتهادي الذي تضمّن: "... وإلزام المستأنف عليه بتعويض المطلقة بخمسين ألف دينار (50.000) دينار تعويضا عن الطّلاق وخمسة عشر ألف دينار (15.000 دينار) نفقة عدة ومبلغ ثلاثة آلاف دينار جزائري (3000.00 دينار) نفقة إهمال تسري من تاريخ رفع هذه الدّعوى إلى تاريخ صدور حكم الطّلاق..."⁽³⁾.

يتّضح جليا ظهور فكرة لدى المحكمة العليا من خلال منحها التدرّجي، مفادها الإستغناء عن مصطلح المُتعة وتعويضه بالتّعويض عن الطّلاق التعسّفي، وذلك من خلال متابعة التطور الزمّني لنصوص الإجهادات، ما دام مستقيان لذاتٍ واحدة، وخاصّة أنّ أحدث الإجهادات القضائية الخاصة بالتّبعات المالية للطلاق التعسّفي لم تنص على نفقة المُتعة والإقتصار على التّعويض عن الطّلاق التعسّفي.

لقد حاولت المحكمة العليا عبر اجتهاداتها القضائية الجمع بين النظرتين الشّرعية والوضعية، لكنّها لم تنجح في ذلك على اعتبار أنّها سوف تضرّ بأحد طرفي العلاقة الزوجية المنتهية، فجعلت من نفقة المُتعة وفقا لاجتهاد قضائي مبلغا مُستقلا عن التّعويض وفي هذا إنقال لكاهل الزّوج، ثم جعلت منهما أمرا واحدا وهذا لا يستقيم لأنّ نفقة المُتعة بحسب بعض الفقهاء جُعِلت بالأساس لكلّ مُطلّقة قبل الدّخول لم يسمّ لها مهر، وعملت المحكمة العليا على عدم النّص عليها في اجتهاداتها الحديثة زمنيا والإكتفاء بالتّعويض عن الطّلاق التعسّفي.

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية - قرار صادر بتاريخ 2007/04/11 ملف رقم 390091 - (المجلة القضائية لسنة 2008. العدد الأول. ص 245).

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية - قرار صادر بتاريخ 2011/09/15 ملف رقم 654972 - (المجلة القضائية لسنة 2011. العدد الثاني. ص 295).

(3) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية - قرار صادر بتاريخ 2009/01/14 ملف رقم 476387 - (المجلة القضائية لسنة 2009. العدد الأول. ص 262).

على العكس من المشرع الجزائري فقد أشار المشرع المغربي صراحة إلى وجوب المتعة للمرأة على مطلقها بحسب حال الزوج، وفترة الزواج، وأسباب الطلاق، ومدى تعسف الزوج في طلاقه، وهو ما شملته المادة 84 من المدونة.

لعلاج هذه المشكلة والتناقضات يمكن النص على نفقة المتعة في صلب قانون الأسرة بموجب مادة قانونية صريحة يتم من خلالها تبين طبيعتها دون غموض، وبما أن المطلقة طلاقا تعسفيا تستحق التعويض بموجب المادة 52 من قانون الأسرة، يمكن جعل المادة المنظمة لنفقة المتعة في شقين: شق أول يتضمن وجوبها لكل مطلق قبل الدخول لم يسم لها مهر، وجعلها جوازية في الشق الثاني لكل مطلق تعسفيا تكرما من الزوج في أدائها أو منعها.

لم تتضمن إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، هذا الحق المالي الشرعي الخاص والمستمد من أحكام الشريعة الإسلامية على سبيل التخصيص، وإنما تضمنت الإشارة إلى الاستحقاقات الأسرية بالتساوي بين الزوجين في إطار المادة 13، فضلا على تمتع الطرفين بنفس الحقوق بمناسبة عقد الزواج وفسخه بموجب الفقرة (ج) من المادة 16.

فكان حرص الاتفاقية باديًا على التسوية بين الرجل والمرأة دون دخول في التفاصيل، على العكس من الشريعة الإسلامية التي أشارت إلى هذا الحق المالي الذي تستحقه المرأة بسبب طلاقها، وتأثر المحكمة العليا الجزائرية بذلك من خلال النص على المتعة في بعض قراراتها، الأمر الذي يعكس مدى عمق المنظومة القانونية والقضائية الجزائرية في تبين الحقوق أكثر من هذه الاتفاقية.

الفرع الثالث: بدل إيجار السكن المخصص للحضانة.

تعتبر الحضانة وما ينتج عنها من تداعيات من أهم المسائل التي يُعالجها القضاء بعد انتهاء الرابطة الزوجية، ولا سيما عندما يتعلق الأمر بمن يستحق إسنادها له وسكنها، وعالج المشرع عبر قانون الأسرة الجزائري بعض هذه التفاصيل لا سيما في ظل الكم المتزايد لقضايا الحضانة عبر الجهات القضائية، وعلى هذا الأساس وجب التفصيل فيها كما يلي:

أولاً: تعريف الحضانة.

ينبغي التفصيل في جوانب الحضانة التعرض لمفهومها في الإطارين اللغوي والاصطلاحي:

1- تعريف الحضانة في اللغة.

الحضانة في الفرنسية (Garde d'enfant)⁽¹⁾ والانجليزية (Custody of infant)⁽²⁾، من الحضن بالكسر ما دون الإبط إلى الكشح، أو الصدر والعضدان وما بينهما، وجانب الشيء وناحيته، وحضن الصبي حضنا

(1) عبد الواحد كرم. معجم مصطلحات الشريعة والقانون (عربي- فرنسي- إنجليزي). 1995. ص 163.

(2) محمد رواس قلعة جي؛ حامد صادق قنبي. معجم لغة الفقهاء. ص 182.

وحضانة بمعنى جعله في حضنه أو ربّاه⁽¹⁾، وحضن الطائر بيضه بمعنى رقد عليه للتفريخ⁽²⁾.

من خلال المفاهيم اللغوية للحضانة فإنّها تعني الضمّ بقصد العطف والتربية للصغير الذي يحتاج الرعاية.

2- تعريف الحضانة في الاصطلاح.

وردت العديد من التعريفات في شأن الحضانة ومن بين أهمّها أنّها: "حفظ الولد في مبيته ومؤنة طعامه ولباسه ومضجعه، وتنظيف جسمه"⁽³⁾.

من خلال هذا التعريف يتّضح أنّه ركّز على كلّ الجوانب التي يجب مراعاتها، من خلال تبين واجبات متولي الحضانة، من إطعام المحضون واللباسه وتنظيف بدنه وكذا رعاية منامه، فركّز التعريف على الجوانب المادية للعناية بالمحضون.

كما تمّ تعريف الحضانة على أنّها "حفظ صغير ومجنون ومعتوه، وهو المختلّ العقل، بما يضرهم وتربيتهم بعمل مصالحهم، كغسل رأس الطفل، وغسل يديه، وغسل ثيابه، وكدهنه، وتكحيله، وربطه في المهد، وتحريكه لينام ونحوه"⁽⁴⁾.

من خلال هذا التعريف أيضاً، يتّضح تركيزه على الجوانب المادية لرعاية المحضون من خلال المأكل والملبس والمنام، والأمر الذي يلفت الانتباه هو زيادة طائفة معيّنة تستدعي الرعاية في إطار الحضانة ويتعلّق الأمر بناقص الأهلية كالمجنون والمعتوه، وهو الأمر الذي لا يمكن إدراجه في الحضانة وإنّما تشمله الكفالة أو الولاية.

لقد حظيت الحضانة باهتمام بالغ من قبل المشرّع الجزائري في قانون الأسرة، ويتجلى ذلك من خلال إفراده تعريفاً لها من خلال المادة 62 التي نصّت على: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحّة وخلقاً".

يتّضح من هذا التعريف أنّه جاء كامتداداً للتعريف الفقهي، التي ركزت على العناية الشاملة بالمحضون من خلال التعليم، الذي يقصد به التّمدّرس الرّسمي المكفول قانوناً ومجاناً من طرف الدولة لحين بلوغه المستوى المتلائم مع قدرته وملكاته العقلية⁽⁵⁾، كما يجب السهر على تنشئة الولد على دين أبيه والمقصود بذلك هو الدّين الإسلامي، لأنّ المشرّع قد جوّز مسألة زواج المسلم بالكافرة وعدم جواز العكس، ولما يمثّله الدّين على تربية المحضون من تفاصيل حياتية دقيقة من حيث الجانب العقائدي، وانعكاس ذلك على تربيته القويمة، بالإضافة إلى الحرص على حمايته من كلّ ما من شأنه المساس بالجوانب المعنوية والمادية له، من خلال عدم تعريضه للعنف الجسدي من خلال الضّرب، ولا العنف المعنوي من خلال تخويفه وترهيبه

(1) الفيروز أبادي. القاموس المحيط. ص 375.

(2) إبراهيم مصطفى وآخرون. المعجم الوسيط. ص 182.

(3) الدردير. الشّرح الصغير. ج 2 ص 756.

(4) الهوتي. كشف القناع. ج 13 ص 187.

(5) باديس ديابي. آثار فك الرابطة الزوجية. ص 9.

وإمكانية خلق ذلك لمشاكل نفسية قد تجعله معقدا نفسيا، وضرورة الحرص على حسن تأديبه من الناحية الخلقية التي تتماشى والدّين الإسلامي والأخلاق الحميدة والأعراف المجتمعية المثالية، وتلاؤم ذلك مع صحته التي ينبغي أن تحظى بنصيب وافر من الاهتمام، بعرضه على الأطباء في حال مرضه، وإجراء التلقيحات الضرورية التي تتلاءم مع فئته العمرية وإجراء الفحوصات الدورية التي تقلص إمكانية الإصابة بمختلف الأمراض.

من خلال تفحص تعريف المشرع الجزائري للحضانة، يتضح أنه يبين أهدافها بعناية وهو شامل من حيث التركيز على الجوانب الصحية والدينية والتربوية والخلقية، وعلى هذا الأساس يجب على القاضي أثناء الحكم بالطلاق مراعاتها، وأن إغفال جزئية منها في نطاق بيان مصلحة المحضون يمكن أن يجعل الحكم معيبا بنقص أو عدم كفاية التّسبيب ويعرضه للإلغاء⁽¹⁾.

ثانيا: حكم الحضانة.

تعتبر الحضانة واجبة للصغار⁽²⁾، لأنّ المحضون يهلك بدونها، فيجب حفظه عن الهلاك، كما يجب الإنفاق عليه وإنجاؤه من المهالك⁽³⁾، ودليل وجوبها من خلال قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنِيمَ الرِّضَاعَةَ...﴾⁽⁴⁾، والمقصود بذلك "الحضّانة بدليل هذه الآية لِلْأُمِّ وَالنُّصْرَةِ لِلْأَبِ، لِأَنَّ الْحَضَانَةَ مَعَ الرِّضَاعِ"⁽⁵⁾.

كما يمكن استشفاف دليل وجوبها من قوله تعالى: ﴿وَحَرَّمْنَا عَلَيْهِ الْمَرَاضِعَ مِنْ قَبْلُ فَقَالَتْ هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَىٰ أَهْلِ بَيْتٍ يَكْفُلُونَهُ لَكُمْ وَهُمْ لَهُ نَاصِحُونَ فَرَدَدْنَاهُ إِلَىٰ أُمِّهِ كَيْ تَقَرَّ عَيْنُهَا وَلَا تَحْزَنَ وَلَتَعْلَمَنَّ أَنَّ وَعْدَ اللَّهِ حَقٌّ وَلَكِنَّ أَكْثَرَهُمْ لَا يَعْلَمُونَ﴾⁽⁶⁾، أي مشفقون عليه لا يقصرون في إرضاعه وتربيته⁽⁷⁾.

بالإضافة إلى قوله تعالى: ﴿ذَلِكَ مِنْ أَنْبَاءِ الْغَيْبِ نُوحِيهِ إِلَيْكَ وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَقُولُونَ أَفَلَا مَهْمُ أَتِيهِمْ يَكْفُلُ مَرِيَمَ وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَخْتَصِمُونَ﴾⁽⁸⁾، وفي تفسير هذه الآية "حدثني المثنى قال، حدثنا إسحاق قال، حدثنا عبد الله بن أبي جعفر، عن أبيه، عن قتادة، قال: كانت مريم ابنة سيدهم وإمامهم. قال: فتشاح عليها أباؤها، فافترعوا فيها بسهامهم أئهم يكفلها. قال قتادة : وكان زكريا زوج أختها، فكفلها، وكانت عنده وحضنها"⁽⁹⁾.

(1) عبد العزيز سعد . قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد. ص 139 .

(2) الرعيبي . مواهب الجليل. ج 5 ص 594.

(3) ابن قدامة . المغني . ج 9 ص 298 .

(4) سورة البقرة . الآية 233.

(5) ابن العربي . أحكام القرآن . ج 1 ص 245 .

(6) سورة القصص . الآية 12 و 13.

(7) الشوكاني . فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير. ج 4 ص 161 .

(8) سورة آل عمران . الآية 44.

(9) الطبري . جامع البيان في تأويل القرآن . ج 6 ص 350 .

كما جاءت العديد من الأحاديث النبوية دليلاً على وجوبها، ومن ذلك "عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنه أن امرأة قالت يارسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وثديي له سقاء وحجري له حواء وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني فقال لها رسول الله ﷺ: "أنت أحق به ما لم تُنكحي"⁽¹⁾، فيتضح من خلال هذا الحديث مدى أهمية الأم في حضانة ابنها، وهو دليل على مدى أهمية الحضانة في المنظومة الإسلامية ولا سيما السنة النبوية.

كما وثبت دليل وجوبها وأهمية الأم بها في واقعة عمر بن الخطاب رضي الله عنه، حين خاصم إلى أبي بكر رضي الله عنه في ابنه فقضى به أبو بكر رضي الله عنه لأمه، ثم قال سمعت رسول الله ﷺ يقول لا تولّه والدة عن ولدها"⁽²⁾، فهذه الواقعة تعكس وبوضوح مدى أهمية الأم بمحضونها بشروط معينة، الأمر الذي يدل على وجوب الحضانة كوسيلة لرعاية المحضون، وإبعاده عن النزاع الناشئ بين والديه.

ثالثاً: ثبوت حق الحاضنة في بدل إيجار السكن المعد للحضانة.

يُعتبر السكن⁽³⁾ المعد للحضانة من أهم المسائل التي يستوجب أخذها بعين الاعتبار أثناء إسناد الحضانة، وتحديد مبالغ نفقة المحضون، لأنه يجب توفير سكن لممارسة الحضانة، حتى ينشأ المحضون في ظروف ملائمة تنعكس إيجاباً على حسن تربيته، على هذا الأساس إذا كانت الزوجة قائمة فإن الأم تمسك المحضون في بيت الزوجية، إذا كانت مُعتدة من طلاق رجعي أو بائن، لأن خروجها في مثل هذه الأحوال يعدّ بمثابة النشوز، فإن حدث وخرجت لوحدها أو بمعية ولدها، فله أن يعيدها لمسكن الزوجية، لأنّ له عليها حق الطاعة إذا كانت زوجة، وله عليها حق الإقامة إذا كانت في العدة⁽⁴⁾.

1- مسؤولية الأب في توفير سكن الحضانة.

إذا لم يكن للأب مسكن لممارسة الحضانة فيه، فيقع عليه واجب إيجار سكن لذلك، وهو باتفاق الحنفية على المختار والمالكية على المشهور⁽⁵⁾، حيث رأى بعض الحنفية أنّ الأجرة إنّما تكون من مال الولد المحضون إن كان له مال، أو من تجب عليه نفقته، فالقول بوجوب أجرة المسكن ليس مبنياً على وجوب الأجر على الحضانة، بل على وجوب نفقة الولد، فقد تكون الحاضنة لا مسكن لها أصلاً، بل تسكن عند غيرها، فكيف يلزمها أجرة مسكن لتحضن فيه الولد، بل الوجه لزومه على من تلزمه نفقته، فإنّ المسكن من

(1) رواه أبو داود والحاكم والبيهقي. (أنظر: أبو داود. سنن أبي داود. كتاب الطلاق. باب من أحق بالولد. الحديث رقم 2276. ج 1 ص 693؛ الحاكم. المستدرک على الصحيحين. كتاب الطلاق. الحديث رقم 2830. ج 2 ص 225؛ البيهقي. سنن البيهقي الكبرى. كتاب النفقات. باب الأبوين إذا افترقا وهما في قرية واحدة فالأم أحق بولدها مالم تتزوج. الحديث رقم 15541. ج 8 ص 4).

(2) البيهقي. سنن البيهقي الكبرى. كتاب النفقات. باب الأبوين إذا افترقا وهما في قرية واحدة فالأم أحق بولدها مالم تتزوج. الحديث رقم 15545. ج 8 ص 4.

(3) عرّف المشرع الجزائري السكن من خلال المادة 355 من قانون العقوبات التي نصّت على: "يعد منزلاً مسكوناً كل مبنى أو دار أو غرفة أو خيمة أو كشك ولو متنقل متى كان مُعدّاً للسكن وإن لم يكن مسكوناً وقتذاك وكافة توابعه مثل الأحواش وحظائر الدواجن ومخازن الغلال والإسطبلات والمباني التي توجد بداخلها مهما كان استعمالها حتى ولو كانت محاطة بسياج خاص داخل السياج أو السور العمومي".

(4) محمد أبو زهرة. الأحوال الشخصية. ص 411 و 412.

(5) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 58.

النفقة، ورأى المالكية أنّ كراء السّكن للحاضنة والمحضونين يكون على نفقة والدهم⁽¹⁾، لأنّ أجره المسكن تدخل في نطاق نفقة الصّغير، فتجب على من تجب نفقته إمّا بحكم القاضي أو بحسب حال الأب.

لقد عالج المشرّع الجزائري مسألة السّكن المعدّ للحضانة، والذي هو في نظر القانون الجزائري مسكن الزوجية، أي المسكن المعدّ من قبل الزوج لمعيشة زوجته وأولاده قبل الطّلاق، فإن لم يكن كذلك كان السّكن البديل⁽²⁾، وهو ما ورد في نطاق المادة 72 من قانون الأسرة التي نصّت على: "في حالة الطّلاق، يجب على الأب أن يوفّر لممارسة الحضانة، سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذّر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار. وتبقى الحضانة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلّق بالسّكن"، وتعدّ صياغة هذه المادة صارمة وجديّة من حيث ورودها بصيغة الإلزام والوجوب للأب المطلق بضرورة توفيره للحاضنة والمحضونين⁽³⁾.

مع أنّ استعمال مصطلح بيت الزوجية ليس في محلّه بموجب المادة 72 من قانون الأسرة، لأنّ الأصح هو بيت المطلق، لأنّ الزوجية قد انفكّت بموجب حكم الطّلاق، وعلى هذا الأساس يمكن استبداله بمصطلح "بيت والد المحضون"، فهذا المسكن قد يكتسي عدّة صور؛ حيث قد يكون مملوكا للمطلق، وفي هذه الحالة لا يمكن التصرّف فيه فيماعدًا صاحبه، وقد يكون مُستأجرا، كما قد يكون ملكا لوالديه، ولم تشمل المادة 72 هذه الحالات، ولذلك كان بدل الإيجار حلاً منطقيًا لهذه المعضلة⁽⁴⁾.

وسايرت المحكمة العليا الطّرح الجاعل من الأب المسؤول عن دفع بدل الإيجار، حتى ولو كانت الحضانة تتلقّى أجرا جزاء عملها، وفقا للقرارالتالي: "من المقررّ قانونا أنّ أجره السّكن حيث تمارس الحضانة تكون على الوالد. ومن ثمّ فإنّ قضاة المجلس لما قضوا بالحكم ببطل الإيجار للمطعون ضدها رغم أنّها عاملة لكون أنّ أجره سكن ممارسة الحضانة تكون على الوالد طبقا لأحكام المادة 72 من قانون الأسرة، طبّقوا صحيح القانون"⁽⁵⁾.

غيرأنّه إذا أثبت الرّجل عدم ملكيته للسّكن، فذلك يحول دون المطالبة بالبقاء فيه، وبالتالي ضرورة إيجاره لسكن لهذا الغرض أو دفع بدل الإيجار، وفقا للقرارالذي نصّ على: "لا يجوز التمسك بحقّ البقاء في المسكن على أساس ممارسة الحضانة إذا أثبت ملكية المسكن لشخص آخر"⁽⁶⁾.

(1) ابن عابدين . حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة . ج 3 ص 562؛ بن جزي . القوانين الفقهية. ص 367؛ الشريبي . مغني المحتاج. ج 3 ص 452.

(2) أسماء عيسىو. (حق المطلقة الحاضنة في مسكن الزوجية وإشكالاته أمام القضاء) . مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء. المدرسة العليا للقضاء.الدفعة الثانية عشرة 2001-2004 . ص 21.

(3) باديس ديابي. آثارفك الرابطة الزوجية. ص 87.

(4) زكية تشوار حميدو. مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية . دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، ص160...166.

(5) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية – قرار صادر بتاريخ 15/06/1999 - ملف 223834 - (الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية – ص 225).

(6) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية – قرار صادر بتاريخ 28/03/2001 - ملف رقم 258532 - (المجلة القضائية العدد الأول. ص 274).

بالمقابل فإنّ تقييد الأب بين دفع بدل الإيجار أو توفير سكن الحضنة، يُعدّ انتهاكا للقانون وفقا للقرار الذي نصّ على: "حيث من المقرر قانونا وفق المادة 72 من قانون الأسرة يجب على الأب أن يوفّر لممارسة الحضنة سكنا ملائما للحضنة وإن تعذّر ذلك بدل الإيجار. ولما تبين من القرار المطعون فيه أنّ الطّاعنة طالبت بتخصيص مسكن لممارسة الحضنة منفصل ومنفرد، وقضاة الموضوع خيروا الطّاعن بين توفير مسكن أو بدل الإيجار يكونون قد انتهكوا نصّ المادة المذكورة أعلاه، وكان عليهم القضاء بالسكن، إلّا إذا رأوا أنّ ذلك يتعدّر على المطعون ضده، ومن ثمّ يجوز لهم القضاء ببطل الإيجار الأمر الذي يتعيّن معه القضاء بالأخذ بالوجه المثار لوجهته"⁽¹⁾.

ثمّ إنّ جاهزية الرّجل المطلق لتوفير سكن ملائم لممارسة الحضنة، يجعله في غنى عن دفع بدل الإيجار، وهو ما تضمّنه القرار الذي نصّ على: "توفير مسكن ملائم للأُم لممارسة الحضنة، يحول دون مطالبتها ببطل الإيجار"⁽²⁾.

2- شروط استحقاق الحضنة لبطل إيجار السكن المعدّ للحضنة.

أحاط المشرّع الجزائري السكن المعدّ للحضنة أو بديله، ممثّلا في دفع بدل الإيجار بجملة من الشّروط لا بدّ من مراعاتها، حتى يُحكم للحضنة بهذا الحقّ، ويمكن حصر هذه الشّروط فيما يلي:

أ- صدور حكم قضائي نهائي بطلاق الحضنة مع ضرورة إسناد حقّ الحضنة إليها، سواء تعدّد المحضونون أو كان واحدا.

ب- إتّحاد صفتا الحضنة والطلاق، أي أن تكون الحضنة هي المطلقة وأُمّ المحضون، فلو كانت الحضنة ليست الأمّ كالعمة أو الجدة، لكان بالإمكان نقل المحضون إلى بيتها، وهو الأمر الذي يكون حائلا في طلب سكن للحضنة.

ج- عدم قدرة الأب على توفير سكن ملائم للحضنة لممارسة الحضنة، الأمر الذي يوجب عليه أن يدفع للأُم ما يساوي قيمة إيجار السكن الملائم لممارسة الحضنة⁽³⁾.

كما أنّ الفصل في مسألة السكن أو إيجاره يتمّ عند الحكم بالطلاق والحضنة، وهو ما تبناه قرار المحكمة العليا بنصّه على: "من المقرر قانونا أنّ مسألة السكن يُحكم بها عندما يُحكم بالطلاق وبالحضنة، ولا يجوز طلب الانتفاع بالسكن الزوجي لأول مرة أمام المحكمة العليا"⁽⁴⁾.

(1) المحكمة العليا- غرفة شؤون الأسرة والموارث – قرار صادر بتاريخ 2008/10/15 - ملف رقم 451303 – (نشرة القضاة لسنة 2012. العدد 67. ص 252).

(2) المحكمة العليا- غرفة شؤون الأسرة والموارث – قرار صادر بتاريخ 2010/09/16 ملف رقم 566381 – (مجلة المحكمة العليا لسنة 2010. العدد الثاني. ص 268).

(3) عبد العزيز سعد. قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد. ص 145 و 146.

(4) العربي بلحاج. قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02/05 ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة 1966-2006. ص 387. (أنظر: المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والموارث – قرار غير منشور صادر بتاريخ 1986/05/05 ملف رقم 41562).

3- المُرَاعَى في تقدير بدل إيجارالسكن المعدّ للحضانة.

أثناء الحكم بالطلاق، يستتبع ذلك تحديد الجوانب الخاصة بالحضانة، والتي يدخل في نطاقها السكن المخصّص لها، حيث يُراعى في تقدير بدل الإيجارالحالة المادية للأب، وهو ما تبناه قرارالمحكمة العليا: "من المقرر قانوناً أنّه إذا كانت الأم حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل إيواها فعلى الزوج - حسب وسعه- أن يضمن حقّها في السكن مع محضونهما..."⁽¹⁾.

كما أنّ بدل الإيجار يبقى مُستقلاً عن مبالغ نفقة المحضونين، وهو ما جاء في القرارالتالي: "إنّ النفقات المحكوم بها لفائدة الأولاد مُخصّصة من أجل المعيشة والعلاج شرعاً وقانوناً، وأنّه لا يجوزإدخال طلب قيمة إيجارالسكن من أجل ممارسة الحضانة ضمنها، فالسكن حرّ مستقل عن النفقات الأخرى بنصّ قانوني، ومن ثمّ أنّه لا يمكن الاحتجاج بعدم التقدير السليم للنفقات حتى ولو كان الزوج فلاحاً بسيطاً، كما أنّ الاحتجاج ببطاقة مهنة فلاح، لا تعفي المطلقة من حقّها في السكن لممارسة الحضانة"⁽²⁾.

ولا يُراعى في فرض هذا المبلغ عدد للمحضونين، فبدل الإيجارغير مرتبط بعدد معيّن، ويبقى واجب الأداء على الأب لأنّه من مشتملات النفقة، وهو ما شمله القرارالتالي: "يعتبر بدل الإيجار أو السكن عنصر من عناصر النفقة الواجب دفعها من طرف الأب للمحضون، ولا يمكن أن يقترن منح بدل الإيجار بعدد الأطفال المحضونين"⁽³⁾.

كما أنّ دفع الأب لبدل الإيجار الخاص بالسكن المخصّص لممارسة الحضانة، مرتبط بضرورة ممارستها في الجزائر، وبالمفهوم المخالف فإنّ نقل المحضون للخارج وحضنته يجعل الأب في حلّ من دفع بدل الإيجار وهو ما شمله القرار الذي نصّ على: "الحكم ببديل إيجار سكن ممارسة الحضانة، مقيد بممارستها في الجزائر. لا يكون الأب مُلزماً بتوفير السكن أو بدل الإيجار، متى كانت الحاضنة مقيمة خارج الإقليم الوطني"⁽⁴⁾.

و يحظى بدل الإيجار بأهمية بالغة وعلى هذا الأساس يمكن التمسكّ به في أية مرحلة وعدم الاحتجاج بحجّة الشيء المقضي به وفقاً لقرارالمحكمة العليا الذي تضمّن ما يلي: "يمكن المطالبة ببديل الإيجارالمعتبر من مشتملات النفقة المستحقّة للمحضون، في أي وقت ولا يمكن التمسكّ بخصوصه بحجّة الشيء المقضي فيه"⁽⁵⁾.

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1993/04/27 ملف رقم 105366 - (المجلة القضائية لسنة 1994 . العدد الثاني.ص 88).

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1988/11/07 ملف رقم 51596 - (النشرة القضائية. العدد 45. ص 58).

(3) المحكمة العليا- غرفة شؤون الأسرة والموارث - قرار صادر بتاريخ 2002/05/08 ملف رقم 254635 - (نشرة القضاة لسنة 2006 . العدد 57. ص 209).

(4) المحكمة العليا- غرفة شؤون الأسرة والموارث - قرار صادر بتاريخ 2011/05/12 - ملف رقم 622754 - (مجلة المحكمة العليا لسنة 2012 . العدد الأول. ص 304).

(5) المحكمة العليا- غرفة شؤون الأسرة والموارث - قرار صادر بتاريخ 2009/01/14 - ملف رقم 481857 - (مجلة المحكمة العليا لسنة 2009 . العدد الثاني. ص 292).

إنّ قضاة الموضوع يحفظون بسلطات واسعة في تقدير أجرة السكن أثناء فصلهم في مسألة الطلاق وهو ما أشار إليه القرار الذي نصّ على: "إنّ تحديد نفقات العدة والمتعة والنفقة الغذائية للزوجة وأولادها المحضونين، وحقّ الحاضنة في السكن تخضع لسلطة قضاة الموضوع التي خولها لهم القانون، ولا رقابة للمحكمة العليا عليهم"⁽¹⁾، وتختلف المبالغ المحكوم بها لبدل الإيجار بحسب الزمان والمكان ولا سيما في ظلّ التزايد المستمر لمستوى الأسعار عموماً ولا سيما بالإيجارات الخاصة بالسكنات⁽²⁾.

وقد أشار المشرع المغربي إلى أنّ تكاليف سكن الحاضنة مستقلة عن النفقة وأجرة الحضانة، وفقاً للمادة 168 من المدوّنة، فأخرجت هذه المادة تكاليف سكني المحضون من مشتملات النفقة وأجرة الحضانة وغيرها، وأوجبت أن تكون مستقلة في تقديرها عن هذه الالتزامات، وفي ذلك مراعاة لحقوق المحضون⁽³⁾.

4- علاقة الحاضنة بالسكن المعدّ للحضنة.

مبدئياً، ينصرف الحقّ في السكن المخصّص للحضنة ومن ثمّ الحقّ في بدل الإيجار إلى المحضون، حتى لو كان واحداً، وفقاً للقرار التالي: "السكن حقّ للمحضون ولو كان المحضون وحيداً لأنّه من عناصر النفقة"⁽⁴⁾. على أنّ هذا الحقّ يمتدّ ليشمل الحاضنة، التي حتى وإن كانت مُقيمة لدى أهلها، فذلك لا يسقط عن الأب دفع بدل الإيجار الخاص بمسكن الحاضنة، وفقاً للقرار التالي: "إقامة الحاضنة عند أهلها لا يسقط الحقّ في مطالبة الوالد بالسكن أو بأجرته"⁽⁵⁾.

بل إنّ ملكيتها لمسكن خاص بها أيضاً، لا يُسقط حقّها وأولادها المحضونين، في المطالبة بأجرة السكن المعدّ للحضنة وفقاً للقرار التالي: "لا يُعفى الوالد من توفير السكن أو دفع بدل الإيجار باعتبارهما من مشمولات النفقة حتى ولو أنّ للحاضنة سكن"⁽⁶⁾.

ولأهميّة هذا الحقّ المالي وارتباطه بالمحضونين، فلا يمكن للحاضنة إذا ما أرادت التنازل عن بعض حقوقها أن تضمّ في هذا الإطار حقّ المحضونين المتمثّل في بدل الإيجار، وهو ما تضمّنه قرار المحكمة العليا

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية – قرار صادر بتاريخ 1991/05/21 ملف رقم 72602 – (النشرة القضائية العدد 47. ص 139).

(2) المحكمة العليا- غرفة شؤون الأسرة والموارث – قرار صادر بتاريخ 2009/01/14 ملف رقم 481857 – (مجلة المحكمة العليا لسنة 2009. العدد الثاني. ص 292)؛ المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية – قرار صادر بتاريخ 2007/11/14 ملف رقم 408248 – (مجلة المحكمة العليا لسنة 2011. العدد الأول. ص 245)؛ المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية – قرار صادر بتاريخ 2009/01/14 ملف رقم 477191 – (مجلة المحكمة العليا لسنة 2009. العدد الثاني. ص 276)؛ المحكمة العليا- غرفة شؤون الأسرة والموارث – قرار صادر بتاريخ 2011/02/10 ملف رقم 599850 – (مجلة المحكمة العليا لسنة 2012. العدد الأول. ص 282).

(3) عبد الكريم شهبون. الشّافي في شرح مدوّنة الأسرة. ج 1 ص 405.

(4) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية – قرار صادر بتاريخ 2002/03/13 ملف رقم 276760 – (المجلة القضائية لسنة 2004. العدد الأول. ص 274).

(5) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية – قرار صادر بتاريخ 2002/05/08 ملف رقم 282052 – (المجلة القضائية لسنة 2004. العدد الأول. ص 279).

(6) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية – قرار صادر بتاريخ 2002/07/31 ملف رقم 288072 – (المجلة القضائية لسنة 2004. العدد الأول. ص 285).

الذي نصّ على: "لكن حيث أن قضاة الموضوع استندوا في أسباب القرار المنتقد على أساس أنّ الطّاعنة تنازلت عن كافة حقوقها المنجزة عن الطّلاق بموجب الحكم القاضي بذلك يوم 1993/04/26 ومن ثمّ لا يحقّ لها المطالبة بتخصيص مسكن لممارسة الحضانة أو بدل الإيجار وهو أمر صحيح بالنسبة للحقوق المتعلقة بها شخصيا لكن لا يمكن أن يمتدّ تنازلها فيما يخصّ حقوق المحضونين في تهيئة مسكن لممارسة الحضانة أو بدل الإيجار..."⁽¹⁾.

كما أنّه لا يمكن للحاضنة المطالبة بسكن تمارس فيه الحضانة، ويكون خارج نطلق بيت الزوجيّة، أو مكان تواجد أهلها، وفقا لقرار المحكمة العليا التّالي: "...حيث إنّ ما يعيبه الطّاعن على القرار المطعون فيه في محلّه لأنّ المادة 72 من قانون الأسرة إذا كانت توجب على الأب أن يوفّر المسكن الملائم لممارسة الحضانة، وإن تعذّر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار، وإنّما لم تحدّد المكان الذي يجب توفير السّكن، ويبقى مكان توفير السّكن مرتبطا بمكان ممارسة الحضانة الذي يتحدّد إمّا بمكان بيت الزوجية قبل الطّلاق أو بمكان تواجد أهل الحاضنة ومن ثمّ فطالما أنّ الحاضن وقرّ المسكن في المكان الذي يقيم فيه وهو مكان بيت الزوجية قبل الطّلاق فإنّه لا يمكن إلزامه بتوفير السّكن في مكان آخر تختاره الحاضنة خاصّة وأنّ المكان الأول يحقق مصلحة للمحضون من باب رعاية الأب وتفقد أحواله الأمر الذي يجعل القرار المطعون فيه مشوبا بالقصور ويتعيّن معه نقض القرار"⁽²⁾.

فضلا على أنّ عمل المرأة وكسبها جرّاء هذا العمل لا يحرمها من حقّ السّكن، وبالتالي من بدل الإيجار وهو ما شمله القرار الذي نصّ على: "من الثّابت قانونا أنّ للحاضنة، الحقّ في السّكن أو بدل الإيجار لممارسة الحضانة"⁽³⁾.

كما أفرد المشرّع التّونسي عقوبة ضدّ الأب الذي قد يتسبّب بسوء نية في إخراج الحاضنة من البيت المُخصّص للحضانة، من خلال فسخ عقد الكراء مع المكري أو عدم دفع البدل المحكوم به شهريا، بعقوبة حبس من ثلاثة أشهر إلى سنة، فضلا على خطيّة مئة إلى ألف دينار تونسي وفقا للفصل 56 مكرّر من المجلّة. إهتمّت إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضدّ المرأة برعاية الأولاد، ولا سيما إذا كانت الأم حاضنة فقد نصّت على استحقاق المرأة لجميع الحقوق المتعلقة برعاية أولادها بصرف النّظر عن وضعيتها الزوجية، سواء كانت متزوجة أو مُطلّقة، وهو ما جاء من خلال المادة 16 في فقرتها (د) والفقرة (و) اللتين نصّتا على: "تتخذ الدّول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضدّ المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزّواج والعلاقات الأسرية وبوجه خاص تضمن، على أساس تساوي الرّجل والمرأة:..." (د) نفس الحقوق والمسؤوليات كوالدة، بغض

(1) المحكمة العليا- غرفة شؤون الأسرة والموارث - قرار صادر بتاريخ 2007/04/11 - ملف رقم 384529 - (مجلة المحكمة العليا لسنة 2008 . العدد الثاني. ص 291).

(2) المحكمة العليا- غرفة شؤون الأسرة والموارث - قرار صادر بتاريخ 2010/11/11 - ملف رقم 581700 - (مجلة المحكمة العليا لسنة 2011 . العدد الأول. ص 253 و 254).

(3) المحكمة العليا- غرفة شؤون الأسرة والموارث - قرار صادر بتاريخ 2005/07/13 - ملف رقم 339617 - (نشرة القضاة لسنة 2008 . العدد 63. ص 343).

النظر عن حالتها الزوجية، في الأمور المتعلقة بأطفالها، وفي جميع الأحوال، تكون مصالح الأطفال هي الراجحة... (و) نفس الحقوق والمسؤوليات فيما يتعلق بالولاية والقوامة والوصاية على الأطفال وتبنيهم، أو ما شابه ذلك من الأنظمة المؤسسية الاجتماعية، حين توجد هذه المفاهيم في التشريع الوطني، وفي جميع الأحوال، تكون مصالح الأطفال هي الراجحة..."، فمن خلال هذه النصوص يظهر أن الاتفاقية نصت على منح المرأة جميع الحقوق المتعلقة برعاية الأطفال شأنها في ذلك شأن الرجل، ولم تبين حقها في الحضانة بشكل واضح⁽¹⁾، الأمر الذي تميز به قانون الأسرة الجزائري عنها، ومن هذه الحقوق حقها مثلاً في أجره سكن الحضانة، وهذا ما يعكس عمق اهتمام المشرع الجزائري بحقها حتى في أجره السكن المعدل للحضانة.

5- الجوانب الإجرائية في المطالبة ببدل إيجار السكن المعدل للحضانة.

من بين أهم الآثار الناتجة عن الطلاق هو إسناد الحضانة التي يجب بموجبها توفير سكن يليق لممارستها، وفي حال عدم القدرة ينبغي دفع بدل الإيجار، ولذلك يجب مراعاة بعض التفاصيل الإجرائية وفقاً لما يلي:

أ- طلب بدل إيجار سكن الحضانة.

نصت المادة 72 من قانون الأسرة على ما يلي: في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة، سكناً ملائماً للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار. وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن"، فإذا وقع الطلاق فإن الأب مسؤول عن توفير السكن المخصص للحضنة أو دفع بدل الإيجار، مع مراعاة حال الأب، وإذا تماطل الأب في التنفيذ كان من حق الزوجة المحكوم لها بالحضانة البقاء في بيت الزوجية ولا تُجبر على الخروج منه لغاية توفيره مسكناً أو دفع بدل الإيجار.

كما أن القاضي الذي نطق بالطلاق لا يمكنه أن يحكم بالحضانة للمطلقة التي لم تطلبها من تلقاء نفسها، وبالتالي لا يمكنها أن تطلب بدل الإيجار، ولا يمكنها أن تطعن في الحكم وتطالب بها أمام المجلس لأنّ قضية الاستئناف لن يحكموا لها بالحضانة وبدل الإيجار، على أساس أن قاضي المحكمة عندما لم يحكم بالحضانة من تلقاء نفسه فإنه لم يخالف القانون، وفي صورة ما كانت الحاضنة امرأة غير أم المحضون فإن المطالبة بالسكن أو بدل إيجاره تسقط⁽²⁾.

ب- الاختصاص القضائي لنظر طلب إيجار بدل سكن الحضانة.

يمكن للمطلقة أن تطلب بدل إيجار السكن المعدل للحضانة بواسطة عريضة مكتوبة وموقعة، ويتولى نظرها قسم شؤون الأسرة وفقاً للمادة 423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في فقرتها الثانية التي نصت على: "ينظر قسم شؤون الأسرة، على الخصوص في الدعاوى الآتية: 2- دعاوى النفقة والحضانة وحق الزيارة". ويمكن إقامة دعاوها أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان ممارسة الحضانة، وهو ما أشارت إليه المادة 426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في فقرتها الرابعة التي نصت على: "تكون المحكمة مختصة

(1) تيسير فتوح حجة . حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية دراسة مقارنة. ص 88.

(2) عبد العزيز سعد. الجرائم الواقعة على نظام الأسرة. ص 193.

إقليميًا...4- في موضوع الحضانة وحقّ الزيارة والرخص الإدارية المسلمة للقاصر المحضون بمكان ممارسة الحضانة"، ومعنى ذلك أنّ مكان ممارستها مرتبط بمحلّ إقامة الأم الحاضنة، وهو ما قد يطرح إشكالا لا سيما إذا رغبت في الإقامة في موطن خارج نطاق مكان بيت الزوجية قبل الطلاق أو بيت أهلها، وهو ما يتعارض مع قرار المحكمة العليا السالف الذّكر⁽¹⁾.

المطلب الثاني: استحقاق نفقة العدة ونفقة الإهمال.

امتدادا للحقوق المالية التي تستحقّها المطلقة، فإنّ لها نفقة أثناء فترة عدّتها على اعتبار استمرار الزوجية الحُكمية، فضلا على نفقة الإهمال التي تُدفع لها وفق أطر معيّنة، لذلك سيكون تفريع هذا المطلب على النّحو التّالي:

الفرع الأوّل: استحقاق نفقة العدة.

الفرع الثاني: استحقاق نفقة الإهمال.

الفرع الأوّل: استحقاق نفقة العدة.

تُعَدّ نفقة العدة مفهوما شرعيا وقانونيا بالغ الأهمية بالنّسبة للمرأة المطلقة، التي ستستفيد منها حتما كما الرّجل المطلّق الذي سيبريء ذمّته منها، وضرورة التقيّد بأحكامها الواردة في قانون الأسرة الجزائري، ويمكن تفصيلها على النّحو الآتي:

أولا: معنى العدة وحكمها.

لا بدّ من تحديد المعنى اللّغوي والاصطلاحي للعدة وكذا تبين حكمها وفقا لما يلي:

1- تعريف العدة.

يجب الإحاطة بالمعنى الكامل للعدة من النّاحية اللّغوية والاصطلاحية كما يلي:

أ- تعريف العدة في اللّغة.

من عدّه يَعدّه عدّاً وتعدّاداً وعدّة وعدّده العدّ بمعنى الإحصاء⁽²⁾، والعدة بالفرنسيّة (la retraite légale)⁽³⁾ والانجليزية (the period of waiting)⁽⁴⁾، وأيضا العدة تعني الجماعة، وعدّة المرأة تعني أيّام أقرائها وأيّام

(1) المحكمة العليا- غرفة شؤون الأسرة والموارث - قرار صادر بتاريخ 2010/11/11 - ملف رقم 581700 - مجلة المحكمة العليا لسنة 2011. العدد الأوّل. ص 253 و 254.

(2) ابن منظور. لسان العرب. ج 3 ص 281.

(3) ابتسام القزام. المصطلحات القانونيّة في التّشريع الجزائري. ص 39.

(4) روجي البعلبكي. المورد قاموس عربي- إنكليزي. ص 753.

إحداها على زوجها⁽¹⁾، وهي تربص يلزم المرأة عند زوال النكاح المتأكد أو شبهته⁽²⁾، وهي مدة حددها الشرع تقضيها المرأة دون زواج بعد طلاق أو وفاة زوجها عنها⁽³⁾.

ب- تعريف العدة في الاصطلاح.

كانت العدة محلّ العديد من التعاريف الاصطلاحية التي اجتهد كلّ واحد منها في تفاصيل معيّنة مع الإتفاق على أصلها، ومن بينها أنّها "مدة معيّنة شرعا لمنع المطلقة المدخول بها والمتوفى عنها من النكاح"⁽⁴⁾، من خلال هذا التعريف يتّضح أنّه ركّز على أنّ العدة هي مدة مقرّرة بموجب الشرع، تُمنع خلالها المطلقة أو الأرملة من الزواج، من غير تبين للهدف المبتغى من ذلك وهو براءة الرّحم تجنّبا لاختلاط الأنساب.

كما وعرفت العدة على أنّها: "اسم لمدة تربص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها أو للتعبّد أو لتفجعها على زوجها"⁽⁵⁾، جاء هذا التعريف مفصّلا للهدف المرجو من العدة من حيث براءة الرّحم والحزن على الرّوج المتوفى، وفي هذا تعبير ضمني على مسبّبات العدة من طلاق أو وفاة، على أن تقضي هذه الفترة في التعبّد.

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري، فإنّه لم يتضمّن مادة بعينها بخصوص تعريف العدة، غير أنّه فصلّ أنواعها من خلال بعض المواد، ومنها المادة 58 التي تضمّنت عدّة المطلقة وتفصيل حالاتها فنصّت على ما يلي: "تعتدّ المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق"، كما أنّ المادة 59 فصلّت في عدّة المتوفى عنها زوجها وكذلك المفقود بنصّها على: "تعتدّ المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام، وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده"، فضلا على أنّ المادة 60 تضمّنت عدّة الحامل، والأجل الأقصى لحسابها وذلك بنصّها على: "عدّة الحامل وضع حملها، وأقصى مدّة الحمل عشرة (10) أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة".

وبين المشرّع نقطة غاية في الأهمية تتجلى في استحقاق المعتدّة للنفقة، وحقّها في لزوم بيت الزوجية خلال مدّة العدة، إلّا في حالة الفاحشة المبيّنة وذلك من خلال نصّ المادة 61 التي نصّت على: "لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السّكن العائلي مادامت في عدّة طلاقها أو وفاة زوجها إلّا في حالة الفاحشة المبيّنة ولها الحقّ في النفقة في عدّة الطلاق".

كما تضمّن قانون الأسرة جانبا آخر من العدة، ويتجلى ذلك من خلال أثرها في جعل المعتدّة من المحرّمات المؤقّطات حتى انقضاء عدّتها وهوما ترجمته المادة 30 "يحرم من النّساء مؤقتا المعتدّة من طلاق أو وفاة...".

(1) الفيروز أبادي. القاموس المحيط. ص 1059.

(2) الجرجاني. كتاب التعريفات. ص 153.

(3) إبراهيم مصطفى وآخرون. المعجم الوسيط. ص 587.

(4) الدردير. الشرح الصغير. ج 2 ص 671.

(5) الشربيني. مغني المحتاج. ج 3 ص 384.

2- حكم العدة.

ينصرف حكم العدة من خلال النصوص الشرعية إلى الوجوب وذلك ثابت من خلال الكتاب والسنة والقانون.

أ- دليل وجوب العدة من القرآن الكريم.

وردت عديد الآيات في القرآن الكريم تدل على مدى وجوب العدة، باختلاف حالة المرأة، وتنوع كل عدة بحسب حالها ومن ذلك قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنَنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾⁽¹⁾، "هذا الأمر من الله سبحانه وتعالى للمطلقات المدخول بهن من ذوات الأقراء، بأن يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء، أي: بأن تمكث إحداهن بعد طلاق زوجها لها ثلاثة قروء؛ ثم تتزوج إن شاءت"⁽²⁾.

كما قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾⁽³⁾، وهذا "يعني شرعاً؛ فَمَا وَجَدَ مِنْ مُتَوَقِّعِهَا زَوْجَهَا لَمْ تَتَرَبَّصْ ذَلِكَ مِنَ الشَّرْعِ"⁽⁴⁾.

هذا و ورد قوله تعالى في شأن العدة أيضاً من خلال قوله: ﴿وَاللَّائِي يَنْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحْضُنَّ وَأُولَاتِ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا﴾⁽⁵⁾، "الغرض من آيات هذه السورة تحديد أحكام الطلاق وما يعقبه من العدة والإرضاع والإنفاق والإسكان"⁽⁶⁾.

ب- دليل وجوب العدة من السنة النبوية.

كما هو الشأن بالنسبة للنصوص القرآنية، فقد وردت العديد من الأحاديث ومن ذلك الحديث المروي أن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أخبره أنه طلق امرأته وهي حائض فذكر عمر لرسول الله ﷺ فتغيظ فيه رسول الله ﷺ ثم قال ليراجعها ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض فتطهر فإن بدا لها أن يطلقها فليطلقها طاهراً قبل أن يمسها فتلك العدة كما أمر الله عز وجل⁽⁷⁾، فكان رد فعل النبي أن طلب من عبد الله بن عمر بن الخطاب أن يراجع زوجته لأنه طلقها طلاقاً بدعياً، وينتظر طهرها، فإن شاء طلقها أو أمسكها، ومعيار ذلك هو العدة التي تقتضي براءة رحمها.

(1) سورة البقرة. الآية 228.

(2) ابن كثير. تفسير القرآن العظيم. ج 1 ص 606.

(3) سورة البقرة. الآية 234.

(4) ابن العربي. أحكام القرآن. ج 1 ص 280.

(5) سورة الطلاق. الآية 4.

(6) ابن عاشور محمد الطاهر. التحرير والتنوير. دار سحنون للنشر والتوزيع. تونس، تونس، الطبعة التونسية، 1997. ج 28 ص 293.

(7) سبق تخريجه.

كما روي حديث آخر عن حفصة عن أم عطية قالت كُنَّا نُنْهَى أَنْ نُحَدَّ عَلَى مَيِّتٍ فَوْقَ ثَلَاثٍ إِلَّا عَلَى زَوْجِ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا وَلَا نَكْتَجِلَ وَلَا نَطَيِّبَ وَلَا نُلْبَسَ ثَوْبًا مَصْبُوعًا إِلَّا ثَوْبَ عَصَبٍ وَقَدْ رُخِّصَ لَنَا عِنْدَ الطُّهْرِ إِذَا اغْتَسَلَتْ إِحْدَانَا مِنْ مَحِيضِهَا فِي نُبْدَةٍ مِنْ كُسْتٍ أَظْفَارٍ⁽¹⁾، فدل ذلك على عدّة المتوفى عنها زوجها وهي أربعة أشهر وعشرة أيام، وزيادة على ذلك ضرورة إظهار الأرملة خسارة نعمة الزوج بالحداد والحزن عليه، في حدود الثلاثة أيام بتجنب كل ما من شأنه أن يعدّ تزينا.

وأيضاً الحديث عن أبي سلمة أنه قال سألت فاطمة بنت قيس فأخبرتني أن زوجها المخزومي طلقها فأبى أن ينفق عليها فجاءت إلى رسول الله ﷺ فأخبرته فقال رسول الله ﷺ لا نفقة لك فانتقلي فذهبي إلى ابن أم مكتوم فكوني عنده فإنه رجل أعى تضعين ثيابك عنده⁽²⁾.

كما ورد حديث آخر عن فريعة بنت مالك أخت أبي سعيد الخدري تذكر أنّ زوج فريعة قتل في زمن النبي ﷺ، وهي تريد أن تنتقل من بيت زوجها إلى أهلها، فذكرت أنّ رسول الله ﷺ رخص لها في النقلة، فلما أدبرت ناداها فقال لها: أمكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله⁽³⁾.

ج- دليل وجوب العدّة من القانون.

أشار المشرع الجزائري إلى العدّة، واعتبارها فترة ضرورية تختلف بحسب حال المرأة المفارقة لزوجها بطلاق أو بوفاة، من خلال المواد 58 إلى 61 من قانون الأسرة.

ثانياً: الحكمة من العدّة وأنواعها.

تكتسي العدّة أهمية بالغة في حياة المعتدة وغيرها من أفراد المجتمع، وذلك لتعلّق حياتها بعد الوفاة أو الطلاق بإمكانية زواج آخر، فكان لتشريع العدّة حكمة عظيمة تختلف باختلاف أنواعها، وهو ما يتمّ تبيينه ممّا يلي:

1- الحكمة من تشريع العدّة.

شرع المولى عزّ وجلّ العدّة لغايات جليّة، الهدف منها الحفاظ على توازن كيان الأسرة والمجتمع، بعد انقضاء الزوجية بطلاق أو بوفاة، وعلى كلّ يمكن إجمال الحكمة من العدّة فيما يلي:

أ- إعطاء الزوج المطلق لزوجته في الطلاق الرجعي فرصة أخرى لمراجعة النفس، وتعدّ مدّة العدّة فسحة زمنية لإمكانية تدارك ما بدر منه علّه يندم على طلاقه إيّاه، لا سيما إذا كان غاضباً وزال غضبه، أو كان تحت أي ظرف من الظروف التي دفعته لهذا العمل، وتقييمه لحياته فيما بعد الطلاق ومدى قدرته على فراق

(1) أنظر: البخاري. صحيح البخاري. كتاب الطلاق. باب القسك للحدة عند الطهر. الحديث رقم 5341. ج 7 ص 60؛ مسلم. صحيح مسلم. كتاب الطلاق. باب وجود الإحداد في عدة الوفاة وتحريمه في غير ذلك إلا ثلاثة أيام. الحديث رقم 938. ج 2 ص 1127؛ أبو داود. سنن أبي داود. كتاب الطلاق. باب فيما تجتنبه المعتدة في عدته الحديث رقم 2302. ج 1 ص 702؛ النسائي. سنن النسائي الكبرى. كتاب الطلاق. باب ما تجتنب المعتدة من الثياب المصبغة. الحديث رقم 5730. ج 3 ص 395.

(2) مسلم. صحيح مسلم. كتاب الطلاق. باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها. الحديث رقم 1480. ج 2 ص 1114.

(3) البيهقي. سنن البيهقي الكبرى. كتاب الطلاق. باب سكنى المتوفى عنها زوجها. الحديث رقم 15275. ج 7 ص 434.

زوجته وأولاده، فإذا تأكّد خلال هذه الفترة أنّ سبب طلاقه إيّاها وجيه يستدعي ذلك فقد استنفذ جميع الأعذار ولن يندم على ذلك⁽¹⁾.

ب- تُعتبر العدة وسيلة مهمة في تبين أهمية عقد الزواج وتفويت هذه النعمة بوفاء الزوج، فتعتدّ المرأة حزنا منها على فراق رفيق دربها وحليها، وفي ذلك تعظيم للزواج، وأنّ إقدام الزوجة على الزواج برجل ثاني خلال فترة العدة يعدّ بمثابة الإستهانة بقيمة الزوج الأول، وعدم تقدير لمعنى العشرة الزوجية⁽²⁾، فكان لزاما عليها أن تعلن الحداد والحزن، وتلتزم خلال هذه المدة بتبيين مظاهر تعكس مدى فقد عزيز إرتبطت معه بعقد شرعي.

ج- التحقق من براءة الرّحم وخلوّه من الأولاد، وفي ذلك ضمان لحقّ الأزواج الذين طلقوا زوجاتهم حتى لا يُنسب أولادهم لغيرهم، وأيضا حقّ للأزواج الذين يقبلون على الزواج بهاته المطلقات، أن لا ينسب إليهم من ليس من أصلابهم⁽³⁾، وهو أمر منطقي درءا لاختلاط الأنساب، خاصّة أنّ الشريعة تحرص على صيانة النسب في ظلّ العلاقات المشروعة والتي يعدّ الزواج صورتها الوحيدة.

2- أنواع العدة.

لقد تضمّن قانون الأسرة الجزائري العدة وأحكامها في مواد عديدة، لعلّ أبرزها تلك التي بيّنت أنواعها في توافق مع الشريعة الإسلامية، التي فصلت هذا الأمر بالنظر إلى واقعي الطلاق والوفاء، المؤدّيتين لفك الرابطة الزوجية، وعلى كلّ يمكن حصر أنواع العدة بالرغم من تداخلها في ثلاثة أنواع تشمل: عدة القروء ويندرج ضمنها عدة المطلقة الحائل الحائض، وعدة الأشهر التي تضمّ عدة اليائس من المحيض والصغيرة، وكذا عدة المتوفى عنها زوجها، وعدة وضع الحمل والتي تتضمن الحامل، وسيكون تفصيل ذلك على النحو التالي:

أ- عدة المطلقة الحائل الحائض.

تعتدّ المطلقة الحائل غير الحامل ثلاثة قروء، مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ...﴾⁽⁴⁾، لكن ثار خلاف فقهي حول المعنى الحقيقي للقراء هل يقصد به الطهر أو الحيض، فالقرء في اللغة يضم الطهر والحيض⁽⁵⁾، ولكن اصطلاحا جرى خلاف فقهي حول ماهيته، من حيث اتّجاه يجعل منه حيضا، واتّجاه آخر يجعل منه طهرا.

(1) نصر سلمان؛ سعاد سطحي. أحكام الخطبة والزواج في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع قانون الأسرة. ص 201.

(2) بدران أبو العينين بدران. أحكام الزواج والطلاق في الإسلام. ص 349.

(3) محمد محي الدين عبد الحميد. الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية. ص 350.

(4) سورة البقرة. الآية 228.

(5) الفيروزآبادي. القاموس المحيط. ص 1298.

- الإتجاه الأول: المقصود بالقرء هو الطَّهر.

يرى هذا الرأي مُمثلاً في جمهور الفقهاء من المالكية⁽¹⁾ والشافعية⁽²⁾ ورواية لأحمد بن حنبل⁽³⁾ وجمهور أهل المدينة وأبو ثور، وأمّا من الصحابة فابن عمر وزيد بن ثابت وعائشة⁽⁴⁾، ويرون أنّ المقصود بالقرء إنّما هو الطَّهر، لأنه تعالى أثبت التاء في العدد "ثلاثة"، فدلّ على أنّ المعدود مذكر، وهو الطَّهر، لا الحيضة، ولأنّ قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾⁽⁵⁾ أي في عدّتهن؛ أي في الزَّمان الذي يصلح لعدّتهن، وحصل الإجماع على أنّ الطَّلّاق في الحيض ممنوع وفي الطَّهر مأذون فيه، ففيه دليل على أنّ القرء هو الطَّهر⁽⁶⁾، فأصل القرء الاجتماع، وفي وقت الطَّهر يجتمع الدّم في الرّحم، وأمّا الحيض فيخرج من الرّحم.

- الإتجاه الثاني: المقصود بالقرء هو الحيض.

ذهب هذا الرأي ممثلاً في الحنفية⁽⁷⁾ وأحمد بن حنبل⁽⁸⁾ والثوري والأوزاعي وابن أبي ليلى، وأمّا من الصحابة علي بن أبي طالب وعمر بن الخطّاب وابن مسعود وأبو موسى الأشعري⁽⁹⁾، الذين رأوا أنّ المقصود بالقرء هو الحيض وليس الطَّهر، في الرواية المشهورة عنه، أن المراد بالقرء: الحيض؛ لأنّ الحيض مُعرّف لبراءة الرّحم، وهو المقصود من العدة، فالذي يدلّ على براءة الرّحم إنّما هو الحيض لا الطَّهر، ولقوله تعالى: ﴿وَاللَّائِي يَلْسَنَنَّ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحْضُنَّ﴾⁽¹⁰⁾، أي ثلاث حيض⁽¹¹⁾، ولأنّ المعهود في الشّرع استعمال القرء بمعنى الحيض، وللحديث: عن فاطمة بنت أبي حبيش أنها أمرت أسماء أن تسأل رسول الله ﷺ فأمرها أن تقعد الأيام التي كانت تقعد ثم تغتسل، قال أبو داود ورواه قتادة عن عروة بن الزبير عن زينب بنت أم سلمة أنّ أم حبيبة بنت جحش استحيضت فأمرها النبي ﷺ أن تدع الصّلاة أيام أقرائها ثم تغتسل وتصلّي⁽¹²⁾.

كما حكى الأثر عن أحمد أنّه قال: الأكابر من أصحاب رسول الله ﷺ يقولون الأقراء هي الحيض، وحكى أيضاً عن الشعبي أنّه قول أحد عشر أو اثني عشر من أصحاب الرّسول ﷺ⁽¹³⁾.

(1) الدردير. الشرح الصغير. ج 2 ص 746.

(2) الشيرازي. المهذب في فقه الإمام الشافعي. ج 2 ص 143.

(3) ابن قدامة. المغني. ج 9 ص 81.

(4) ابن رشد. شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد. ج 3 ص 1460.

(5) سورة الطلاق. الآية 1.

(6) القرطبي. الجامع لأحكام القرآن. ج 18 ص 154.

(7) الكاساني. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ج 2 ص 297.

(8) ابن قدامة. المغني. ج 9 ص 83.

(9) ابن رشد. شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد. ج 3 ص 1460.

(10) سورة الطلاق. الآية 4.

(11) الطبري. جامع البيان في تأويل القرآن. ج 4 ص 500.

(12) أبو داود. السنن الكبرى لأبي داود. كتاب الطهارة. باب في المرأة تستحاض ومن قال تدع الصلاة في عدة الأيام التي كانت تحيض. الحديث رقم 281. ج 1 ص 122.

(13) ابن رشد. شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد. ج 3 ص 1460.

من خلال عرض رأي الاتجاهين، يتضح أنّ الرّاجح من المسألتين أنّ القرء هو الحيض، لاتّفاقه مع مبدأ العدة في أنّ النساء غالبا ما تنتظر انقضاء الحيض ثلاث مرّات لانتهاء العدة، كما أنّ الحيض هو الدليل على براءة الرّحم وليس الطّهر، بل إنّ الطّهر علامة على الحمل وليس براءة الرّحم.

بالرجوع إلى منحنى المشرّع فإنّه لم يحسم في المسألة بشأن المقصود بالقرء، بل اكتفى بذكرها في خضم المادة 58 من قانون الأسرة التي نصّت على: "تعدّد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء...".

ب- عدة المتوفى عنها زوجها.

يمكن من خلال هذه الحالة تصوّر وضعيتين:

- وضعية أولى عدة الحائل المتوفى عنها زوجها: وهي مقدّرة بأربعة أشهر وعشرة أيّام مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَضَّوْنَ أَنْفُسَهُنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾⁽¹⁾، ولقوله ﷺ لفريرة أمكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله⁽²⁾.

- وضعية ثانية في صورة ما كانت المتوفى عنها زوجها حاملا: وفي هذا اختلف الفقهاء في عدتها على قولين: * القول الأول: قال به الجمهور ممثلا في الحنفية⁽³⁾ والمالكية⁽⁴⁾ والشافعية⁽⁵⁾ والحنابلة⁽⁶⁾، بأنّ عدتها تنتهي تنتهي بوضع الحمل؛ ودليلهم قوله تعالى: ﴿...وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا﴾⁽⁷⁾، ومن السنّة النبوية "...فَكَتَبَ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْأَرْقَمِ إِلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُتْبَةَ يُخْبِرُهُ أَنَّ سُبَيْعَةَ بِنْتَ الْحَارِثِ أَخْبَرَتْهُ أَنَّهَا كَانَتْ تَحْتَ سَعْدِ بْنِ خَوْلَةَ وَهُوَ مِنْ بَنِي عَامِرِ بْنِ لُؤَيٍّ وَكَانَ مِمَّنْ شَهِدَ بَدْرًا فَتَوَفَّى عَنْهَا فِي حَجَّةِ الْوُدَاعِ وَهِيَ حَامِلٌ فَلَمْ تَضِبْ أَنْ وَضَعَتْ حَمْلَهَا بَعْدَ وَفَاتِهِ فَلَمَّا تَعَلَّتْ مِنْ نَفَاسِهَا تَجَمَّلَتْ لِلْخُطَّابِ فَدَخَلَ عَلَيْهَا أَبُو السَّنَابِلِ بْنُ بَعْكَكِ رَجُلٌ مِنْ بَنِي عَبْدِ الدَّارِ فَقَالَ لَهَا مَا لِي أَرَاكِ تَجَمَّلْتِ لِلْخُطَّابِ تُرَجِّينَ النِّكَاحَ فَإِنَّكَ وَاللَّهِ مَا أَنْتِ بِنَاكِحٍ حَتَّى تَمُرَّ عَلَيْكِ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرٌ قَالَتْ سُبَيْعَةُ فَلَمَّا قَالَ لِي ذَلِكَ جَمَعْتُ عَلَيَّ ثِيَابِي حِينَ أَمْسَيْتُ وَأَتَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَسَأَلْتُهُ عَنْ ذَلِكَ فَأَقْتَنَانِي بِأَنِّي قَدْ حَلَلْتُ حِينَ وَضَعْتُ حَمْلِي وَأَمَرَنِي بِالتَّزْوُجِ"⁽⁸⁾.

(1) سورة البقرة . الآية 234.

(2) سبق تخريجه.

(3) السرخسي. المبسوط. ج 6 ص 31.

(4) الأزهري. الثمر الداني في تقريب المعاني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني. ص 484.

(5) الشربيني. مغني المحتاج. ج 3 ص 396.

(6) الهوتي. كشف القناع. ج 13 ص 11.

(7) سورة الطلاق. الآية 4.

(8) رواه البخاري ومسلم (أنظر: البخاري. صحيح البخاري. كتاب المغازي. باب حَدَّثَنِي عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مُحَمَّدٍ الْجُعْفِيُّ... الحديث رقم 3990. ج 5 ص 80: مسلم. صحيح مسلم. كتاب الطلاق. باب انقضاء عدة المتوفى عنها زوجها وغيرها بوضع الحمل. الحديث رقم 1484. ج 2 ص 1122).

* القول الثاني: عدّة الحمل تكون بأقصى الأجلين وهو المروي عن علي بن أبي طالب⁽¹⁾ وابن عباس، ودليلهم في ذلك: عن أبي سلمة بن عبد الرحمن قال: قيل لابن عباس في امرأة وضعت بعد وفاة زوجها بعشرين ليلة يصلح لها أن تتزوج قال: لا إلا آخر الأجلين⁽²⁾.

بالرجوع إلى منحنى المشرع الجزائري في هذه التفاصيل فقد أفرد المادة 59 التي نصّت على: "تعتدّ المتوفّي عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام..."، ولم يبيّن صراحة حالة التفرقة بين المعتدة من وفاة، حالة كونها حائلا أو حاملا، ونصّ على عدّة الحمل وانقضاء عدتها بوضع الحمل.

ج- عدّة الحمل.

عدّة الحمل هي وضع الحمل، سواء كان سبب الفرقة بالوفاة أو بالطلاق⁽³⁾، وذلك مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَأُولَئِذَا الْأَخْمَالُ أَجْلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾⁽⁴⁾، فالتصّ جاء عاما من حيث الإشتغال على المعتدات من طلاق أو فرقة في حياة الزوجين⁽⁵⁾.

على أن يولد الحمل في المدة الممتدة بين الدنيا والقصوى، فالمتفق عليه فقها أن المدة الدنيا للحمل هي ستة أشهر، "قَالَ عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أَقَلُّ الْحَمْلِ سِتَّةُ أَشْهُرٍ" وذلك من خلال قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ...﴾⁽⁶⁾ ولقوله أيضا: ﴿...وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا...﴾⁽⁷⁾ فإذا أسقطت حولين من ثلاثين شهرا بقيت منه ستة أشهر؛ وهي مدة الحمل؛ وهذا من بديع الاستنباط⁽⁸⁾، واختلف الفقهاء فيما يخص أقصى مدة للحمل فقال الحنفية وأحمد بن حنبل⁽⁹⁾ إنها سنتين، وذهب الشافعية⁽¹⁰⁾ إلى أنها أربع سنوات، وقال المالكية⁽¹¹⁾ أنها قد تصل خمس سنوات، والحقيقة بأن الطب الحديث يرى استحالة أن تصل مدة الحمل إلى أكثر من تسعة أشهر، وأنه لا بدّ أن يوضع الحمل أو يُسبّب تسمما للأم⁽¹²⁾.

(1) السرخسي.المبسوط. ج6 ص 31.

(2) النسائي. سنن النسائي الكبرى. سورة الطلاق. الحديث رقم 11606. ج 6 ص 494.

(3) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 9 ص 598.

(4) سورة الطلاق. الآية 4.

(5) محمد أبو زهرة.الأحوال الشخصية. ص 374.

(6) سورة البقرة. الآية 233.

(7) سورة الأحقاف. الآية 15.

(8) ابن العربي. أحكام القرآن. ج 3 ص 149.

(9) ابن عابدين. حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة. ج 3 ص 108؛ ابن قدامة المقدسي. الشرح الكبير على متن المقنع. ج 9 ص 89.

(10) الشيرازي.المهذب في فقه الإمام الشافعي. ج 2 ص 143.

(11) بن جزي. القوانين الفقهية. ص 581؛ المرادوي. الإنصاف. ج 7 ص 350.

(12) عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي. (إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة - دراسة فقهية وتشريعية مقارنة- رسالة مقدّمة لنيل درجة الدكتوراه). جامعة القاهرة، كلية دارالعلوم، قسم الشريعة الإسلامية. 2000، ص 34.

فتنتهي عدّة الحامل بوضع حملها، على أنّ المُعتبر في الحمل محلّ اختلاف بين الفقهاء ، بمعنى ضرورة وضع الحمل كاملاً أو جزءاً منه؛ فقال الحنفية أنّ المراد بالحمل الذي استبان بعض خلقه أو كله، فإن لم يستبن بعضه لم تنقض العدّة، لأنّ الحمل اسم لنطفة متغيّرة فإذا كان مضغة أو علقة لم تتغير فلا يعرف كونها متغيرة بيقين إلاّ باستبانة بعض الخلق⁽¹⁾، وقال الجمهور⁽²⁾ بضرورة اكتمال وضع الحمل كاملاً لانتهاء العدّة بالنسبة للحامل.

بالرجوع إلى مسلك المشرّع الجزائري فقد نصّ على أنّ العبرة في ميلاد الحمل أن يولد كاملاً وينفصل عن أمه، وهو ما يفهم من خلال المادة 134 من قانون الأسرة "لا يرث الحمل إلاّ إذا وُلد حيّاً، ويُعتبر حيّاً إذا استهل صارخاً أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة".

د- عدّة اليائسة والصغيرة.

تشمل هذه العدّة عدّة البالغة التي وصلت سن اليأس والصغيرة، التي لم تحض فعّدّة كلّ منهما ثلاثة أشهر لقوله تعالى: ﴿وَاللَّائِي يَئْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحْضَنْ...﴾⁽³⁾، لأنّ الأشهر في حقّ هاته النّسوة تعدّ بدلا عن الأقراء التي هي أصل العدّة للمرأة الحائض، فإذا انعدم الحيض لسبب من الأسباب كالصّغر أو اليأس، انتقل العمل بالبدل وهو الأشهر، سواء كان الطّلاق في الزّواج الصّحيح أو الفاسد أو الوطء بشبهة لعموم نص الآية⁽⁴⁾.

بالرجوع إلى المشرّع الجزائري، فقد نصّ على عدّة اليائس من خلال المادّة 58 من قانون الأسرة التي نصّت على: "...واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التّصريح بالطلاق"، والملاحظ أنّ المشرّع قد أغفل عدّة الصغيرة قياساً على الفقه الإسلامي، وذلك ربّما راجع إلى أنّ قانون الأسرة قد حدّد سنّ الزّواج بـ19 سنة كاملة بالنّسبة للرجل والمرأة وهي السن التي غالبا ما تصاحب نموّاً فيزيولوجيا لدى المرأة يقتضي حيضها، وعدم حدوث زيجات لدى النّساء الصّغيرات، مع الأخذ بعين الاعتبار إمكانية حدوث الطّلاق بالنّسبة للصّغيرة التي تزوّجت بموجب ترخيص قضائي، بما يتوافق مع نصّ المادة 7 من قانون الأسرة التي نصّت على: "تكتمل أهلية الرّجل والمرأة في الزّواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزّواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكّدت قدرة الطّرفين على الزّواج"، فعلى هذا الأساس وجب على المشرّع الاحتياط بإدراج الصغيرة المطلّقة التي لم تحض ضمن مدلول هذه المادة.

ثالثا: تداخل العدّة وانتهاءها.

قد يتغيّر حال العدّة من نوع إلى نوع آخر بتغيّر حال المعتدّة وسبب عدّتها، كما قد تنقضي العدّة بزوال مما أوجبها ولهذا يمكن التّفصيل على النّحو التّالي:

(1) ابن عابدين . حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة. ج3 ص 511.

(2) الشّريبي . مغني المحتاج. ج 3 ص 389 ؛ ابن قدامة . المغني. ج9 ص 114؛ الأزهرى . الثمر الداني . ص 466.

(3) سورة الطلاق. الآية 4.

(4) محمد باوني. عقد الزّواج وأثاره دراسة مقارنة بين الفقه والقانون. ص 140.

1- تداخل العدة.

قد يطرأ طارئ جديد على العدة وينقلها من نوع إلى آخر، وذلك حسب التفصيل التالي:

أ- المطلقة التي تحيض، وطلّقت طلاقاً رجعيًا، وأثناء عدتها مات زوجها، فتنتقل عدتها من طلاق الإقراء، إلى عدة الوفاة التي هي أربعة أشهر وعشرة أيام من تاريخ وفاة زوجها.

ب- المطلقة التي تحيض، وبدأت عدة الإقراء، ثم ظهر عليها الحمل، فإنّ عليها أن تنتقل إلى عدة الحمل وهي وضع حملها⁽¹⁾.

ج- المطلقة التي تحيض، فإنّها تبدأ بالإعتداد بالأقراء، ثم ظهر يأسها ففي هذه الحالة تنتقل لعدة الأشهر وهي ثلاثة أشهر.

د- المطلقة الصغيرة، أو اليائسة، تنطلق في عدتها بالأشهر، فإذا حدث وأن حاضت فترجع للإعتداد بالقروء.

هـ- المطلقة التي اعتدت بالأشهر أو التي اعتدت بالأقراء، ثم ظهر حملها، فيجب أن تنتقل لعدة الحمل.

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري، فإنّه لم يفرد لذلك جزء خاص وذلك لوضوح مثل هذه الحالات وتنوعها بحسب حالة التغير.

2- إنقضاء العدة.

إنّ انقضاء العدة منوط بانقضاء مدتها المحددة بالإقراء أو الأشهر أو وضع الحمل، وتصدّق المرأة إن أقرت بانتهاء المدة وكانت القرائن والشواهد تدلّ على صدقها، ويتأكد ذلك ابتداء من الوفاة أو الطلاق، أمّا إذا كانت الشواهد والقرائن تخالف قولها فلا تصدّق ولا يقبل قولها، لأنّ الأصل أنّ الله ائتمنها على قولها وصدقها ويقبل قولها، مالم تخالف القرائن الأقوى والشواهد في نقص المدة وعدم انقضائها، ففي هذه الحالة يجب عليها إتمام العدة احتياطاً للحفاظ على حقوق الغير⁽²⁾.

وقد نصّ المشرع الجزائري على انقضاء كلّ نوع من أنواع العدة، من خلال المواد السالف ذكرها والمتضمنة كلّ عدة على حدى وهي المواد 58، 59 و60 من قانون الأسرة الجزائري.

رابعاً: أحكام نفقة المعتدة.

تعتبر نفقة العدة حقاً للمرأة وواجباً على الزوج⁽³⁾، وتستحق المرأة المعتدة النفقة خلال مدة العدة إذا كانت الفرقة من زواج صحيح وكانت الفرقة بطلاق بالإرادة المنفردة للزوج أو من القاضي أو كانت الفرقة فسخاً، وكان الفسخ من قبل الزوج، أو كان من قبل الزوجة⁽⁴⁾، ويختلف استحقاق النفقة للمطلقة بحسب نوع الطلاق، وعلى هذا وجب التدقيق في هذه المسألة وفقاً لما يلي:

(1) نصر سلمان: سعاد سطحي. أحكام الطلاق. ص 215.

(2) محمد باوني. عقد الزواج وأثاره دراسة مقارنة بين الفقه والقانون. ص 142.

(3) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 9 ص 621.

(4) لا تجب النفقة في ثلاث أحوال من العدة: 1- إذا كانت من دخول في عقد فاسد، أو من وطء بشبهة، لأنّ النفقة غير واجبة في هذا العقد، فلا تجب في آثار. 2- إذا كانت العدة من وفاة فإنّه لا تجب النفقة للمعتدة، لأنّ النفقة تجب على الزوج، وقد مات، فليس ثمة من

1- الحالة الأولى: نفقة المعتدة من طلاق رجعي.

"إنَّ المعتدة من طلاق رجعي أو من فرقة بفسخ بسبب من جهة الزوج، أو من فرقة فسخ من جهة الزوجة ليست بمعصية، تجب لها النفقة بأنواعها الثلاثة: الطعام والكسوة والسكنى، أما المعتدات من وفاة أو دخول بعد عقد فاسد أو وطء بشبهة، أو بفرقة بسبب فسخ من جهة الزوجة، وبمعصية من جهتها فلا نفقة طعام ولا كسوة لهنَّ مدة العدة"⁽¹⁾.

وقد اتفق الفقهاء⁽²⁾ على أنَّ للمطلقة طلاقاً رجعياً الحق في النفقة والسكنى أثناء فترة العدة، سواء كانت حاملاً أو حائلاً، شأنها في ذلك شأن الزوجة العادية، وذلك لأنَّ الزوجية ما زالت قائمة بينهما، إذ يستطيع الزوج مراجعة زوجته، ويمكن توارثهما من بعضهما، ودليل ذلك ثابت من القرآن لقوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾⁽³⁾، فتبقى المطلقة في منزل الزوج في مدة العدة، لعلَّ الزوج يندم على طلاقها ويخلق الله في قلبه رجعتاً، فيكون ذلك أيسر وأسهل⁽⁴⁾.

وقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾⁽⁵⁾، أي ولا تضاروهنَّ في المسكن الذي تسكنونهنَّ فيه، وأنتم تجدون سعة من المنازل أن تطلبوا التضييق عليهنَّ، فذلك قوله: ﴿لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ﴾ يعني: لتضييقوا عليهنَّ في المسكن مع وجودكم السعة⁽⁶⁾، وأما من السنة النبوية فذلك ثابت من خلال الحديث المروي عن عائشة رضي الله عنها أنَّ رسول الله ﷺ قال لفاطمة رضي الله عنها: "إنما السكنى والنفقة لمن كان لزوجها عليها رجعة"⁽⁷⁾.

بالرجوع إلى منعى المشرع الجزائري فإنه ضمن قانون الأسرة عديد المواد التي نصت على العدة وأحكامها، إلاَّ أنه لا يمكن إغفال حقيقة جوهرية تتمثل في عدم النص على الطلاق الرجعي، وما يستتبعه من أحكام كالعدة، ففي الطلاق الرجعي يمكن مراجعة الزوجة بدون عقد ولا مهر جديدين، والطلاق بموجب قانون الأسرة الجزائري لا يثبت إلاَّ بحكم غير قابل للاستئناف وفقاً لما نصت عليه المادة 57: "تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المالية...".

تجب عليه تلك النفقة-3- إذا كانت الفرقة بسبب فسخ كان بمعصية الزوجة، لأنَّ الجريمة لا تثبت حقاً من الحقوق، والزوجية قد أنهتها بمعصيتها. (أنظر: محمد أبو زهرة. الأحوال الشخصية. 384).

(1) بدران أبو العينين بدران. أحكام الزواج والطلاق في الإسلام. ص 308.

(2) الكاساني. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ج 4 ص 16؛ بن جزي. القوانين الفقهية. ص 383؛ الشربيني. مغني المحتاج. ج 3 ص 441؛ ابن قدامة. المغني. ج 9 ص 180.

(3) سورة الطلاق. الآية 1.

(4) ابن كثير. تفسير القرآن العظيم. ج 8 ص 144.

(5) سورة الطلاق. الآية 6.

(6) الطبري. جامع البيان في تأويل القرآن. ج 23 ص 457.

(7) الدارقطني. سنن الدارقطني. ج 4. كتاب الطلاق. الحديث رقم 63 ص 22.

ولأنّ الطّلاق لا يؤسّس إلّا بناء على حكم غير قابل للاستئناف، فلا يمكن تصوّر مُراجعة الرّجل لزوجته إلّا بعقد ومهر جديدين، فحاول المشرّع الجزائري النصّ على الطّلاق الرّجعي بطريقة ضمنية من خلال نصّ المادة 50 من قانون الأسرة التي نصّت على: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصّحّ لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم يحتاج إلى عقد جديد"، فمُحاولة المشرّع النصّ على الطّلاق الرّجعي بهذه الطّريقة تصطدم في الحقيقة مع نصّ المادة 58 التي نصّت على: "تعتدّ المطلّقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التّصريح بالطلاق"، فالمادة تعتبر بدء سريان العدة من تاريخ التّصريح بالطلاق، والمقصود بذلك هو النّطق بحكم الطّلاق⁽¹⁾، وليس التّبلغ.

2- الحالة الثانية : نفقة المعتدّة من طلاق بائن.

اختلف الفقهاء فيم يخصّ استحقاق المطلّقة طلاقا بائنا للنّفقة خلال فترة العدة، بل وربطوها بفكرة السّكنى كذلك، وتفترعت آراؤهم على عدّة أفكار يمكن التّفصيل فيها كما يلي:

أ- الإتّجاه الأول: عدم استحقاق المبتوتة النّفقة.

رأى هذا الإتّجاه ممثّلا في الحنابلة⁽²⁾ عدم استحقاق المبتوتة لا نفقة العدة ولا السّكنى، وهي ظاهر المذهب وقول علي وابن عباس وجابر وعطاء وطاوس والحسن وعكرمة وميمون بن مهران وإسحاق وأبي ثور و داود، ودليل ذلك هو الحديث "عن فاطمة بنت قيس أنّه طلقها زوجها في عهد النبي ﷺ وكان أنفق عليها نفقة دون فلما رأت ذلك قالت والله لأعلمنّ رسول الله ﷺ فإن كان لي نفقة أخذت الذي يصلحني، وإن لم تكن لي نفقة لم آخذ منه شيئا، قالت فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال ﷺ: لا نفقة لك ولا سكنى"⁽³⁾، وأيضا عن الشعبي قال: دخلت على فاطمة بنت قيس فسألته عن قضاء رسول الله ﷺ عليها فقالت طلقها زوجها البتّة، فقالت فخاصمته إلى رسول الله ﷺ في السّكنى والنّفقة قالت فلم يجعل لي سكنى ولا نفقة وأمرني أن أعتد في بيت ابن أم مكتوم⁽⁴⁾.

ب- الإتّجاه الثاني: استحقاق المبتوتة النّفقة.

رأى هذا الإتّجاه الفقهي استحقاق المطلّقة المبتوتة للنّفقة أثناء عدّتها فضلا عن السّكنى، وزكّي هذا الرّأي الحنفية⁽⁵⁾ وبه قال ابن شبرمة و ابن أبي ليلى والثوري والحسن بن صالح و أبو حنيفة وأصحابه وهو

(1) باديس ديابي. آثار فك الرابطة الزوجية. ص 46.

(2) ابن قدامة. المغني. ج 9 ص 172 و 289.

(3) أنظر: مسلم. صحيح مسلم. كتاب الطلاق. باب المطلقة ثلاثا لا نفقة لها. الحديث رقم 1480. ج 2 ص 1114؛ النسائي. سنن النسائي الكبرى. كتاب عشرة النساء. باب وضع المرأة ثيابها. الحديث رقم 9243 ج 5 ص 394.

(4) رواه مسلم أنظر: مسلم. صحيح مسلم. كتاب الطلاق. باب المطلقة ثلاثا لا نفقة لها. الحديث رقم 1480. ج 2 ص 1114.

(5) السرخسي. المبسوط. ج 6 ص 36.

مروي عن عمر وابن مسعود⁽¹⁾، ودليل ذلك "عن عمر بن الخطاب أنه لما بلغه قول فاطمة بنت قيس قال رضي الله عنه: لا ندع كتاب الله لقول امرأة لعلها نسيت"⁽²⁾.

ج- الإتجاه الثالث: استحقاق المبتوتة السكنى دون النفقة.

تستحق المطلقة المبتوتة السكنى دون النفقة، وهو رأي مالك⁽³⁾ والشافعي⁽⁴⁾، وهو قول عمر وابنه وابن مسعود وعائشة⁽⁵⁾، ودليلهم الحديث عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْقَاسِمِ عَنْ أَبِيهِ قَالَ عَزَّوَهُ بِنُ الزُّبَيْرِ لِعَائِشَةَ أَلَمْ تَرِي إِلَى فُلَانَةٍ بَنَتْ الْحَكَمَ طَلَّقَهَا زَوْجَهَا الْبَتَّةَ فَخَرَجَتْ فَقَالَتْ بِئْسَ مَا صَنَعْتَ قَالَ أَلَمْ تَسْمَعِي فِي قَوْلِ فَاطِمَةَ قَالَتْ أَمَا إِنَّهُ لَيْسَ لَهَا خَيْرٌ فِي ذِكْرِ هَذَا الْحَدِيثِ وَزَادَ ابْنُ أَبِي الزِّنَادِ عَنْ هِشَامٍ عَنْ أَبِيهِ عَابَتْ عَائِشَةُ أَشَدَّ الْعَيْبِ وَقَالَتْ إِنَّ فَاطِمَةَ كَانَتْ فِي مَكَانٍ وَخَشٍ فَخِيفَ عَلَى نَاحِيَتِهَا فَلِذَلِكَ أُرْخِصَ لَهَا النَّيُّ⁽⁶⁾.

بالرجوع إلى مسلك المشرع الجزائري بخصوص نفقة العدة من طلاق بائن، فقد ضمن قانون الأسرة نفقة المعتدة من خلال المادة 61 بنصها على: "لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبيّنة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق"، فمن خلال صياغة هذه المادة، يتضح أن المشرع قد أخذ بالخيار الفقهي الذي يُعطي للمطلقة المبتوتة الحق في السكنى والنفقة طيلة فترة العدة، على أساس أن الحكم بالطلاق بموجب قانون الأسرة يجعله في حكم البائن، وبالتالي نعى المشرع الجزائري منعى الحنفية، من حيث منح المطلقة المبتوتة الحق في النفقة والسكنى خلال العدة، فإذا ما غادرت بيت الزوجية اعتبرت ناشزا، وسقط بالتالي حقها في نفقة العدة، ويراعى في تقدير هذه النفقة حالة الزوج يسارا وإعسارا⁽⁷⁾، وهو ما زكاه اجتهاد المحكمة العليا من خلال النص على: "المبدأ: نفقة المطلقة ومنها المسكن أثناء العدة على عاتق الزوج"⁽⁸⁾.

لقد كانت المادة 61 عامة من حيث الصياغة لعدم تفصيلها في نوع الطلاق المقصود، كما دأب على ذلك فقهاء الشريعة، وإن كانت المادة 50 من قانون الأسرة قد حسمت الأمر بجعل الطلاق الذي يصدر من القضاء بائنا، على أساس أن الرجل إذا أراد أن يرجع طليقته بعد حكم الطلاق فعليه بعقد ومهر جديدين.

كما ذهبت اجتهادات المحكمة العليا في نفس الإتجاه من حيث جعل نفقة العدة حقا ماليا واجبا على الزوج، وهو ما تضمنته النص التالي: "حيث أن كل مطلقة بعد البناء عليها أن تعتد وهي في أثناء هذه المدة

(1) ابن قدامة . المغني . ج 9 ص 289.

(2) الدارقطني. سنن الدارقطني . كتاب الطلاق والخلع والإيلاء وغيره. الحديث رقم 69. ج 4 ص 24.

(3) بن جزي. القوانين الفقهية. ص 383.

(4) الشيرازي . المذهب . ج 2 ص 165.

(5) ابن قدامة . المغني . ج 9 ص 289.

(6) البخاري. صحيح البخاري. كتاب العدة. باب قصة فاطمة بنت قيس. الحديث رقم 5322. ج 7 ص 57؛ مسلم. صحيح مسلم. كتاب

الطلاق. باب المطلقة ثلاثا لا نفقة لها. الحديث رقم 1481. ج 2 ص 1121.

(7) العربي بلحاج . الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. ج 1 ص 377.

(8) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 2007/04/11 ملف رقم 390091 - (المجلة القضائية لسنة 2007 العدد الأول. ص 245).

محبوسة من أجل الزوج، وعلى كل مطلق أن ينفق على مطلقته، فالنفقة حق ثابت شرعا من حقوق الزوجية يتعين على القاضي الحكم بها، طلبتها الزوجة أم لم تطلبها، ولا تسقط إلا إذا أسقطها الشارع في بعض الأحوال المحددة شرعا أو سمحت فيها الزوجة صراحة بخلع، والمجلس له الحق في الحكم بها إذا أغفلها القاضي الأول، فالوجه سديد ويتعين رفضه⁽¹⁾.

فرق المشرع المغربي بخصوص استحقاق النفقة والسكنى بحسب نوع الطلاق، فإذا كان رجعيًا يسقط حقها في السكن دون النفقة، إذا انتقلت من بيت عدتها بدون إذن الزوج أو من غير عذر مقبول، وأما إذا كانت مطلقة بائمة وكانت حاملا فتستمر نفقتها حتى وضع الحمل، وإن لم تكن حاملا يبقى حقها في السكن لحين انقضاء عدتها، وهو ما شملته المادة 196 من المدونة، والعمل الجاري في المغرب أن القاضي هو من يحدد مكان العدة حسب الظروف، فقد يسمح لها بالاعتداد في بيت الطلاق، أو بيت عائلته، أو يلزم المطلق بإيجاد سكن لذلك⁽²⁾.

3- معالجة المحكمة العليا لنفقة العدة.

جعلت المحكمة العليا النفقة خلال العدة واجبا لا يمكن إسقاطه بأي حال من الأحوال، من خلال النص الاجتهادي الذي تضمن مايلي: "متى كان من المقرر شرعا نفقة العدة تظل واجبة على زوجها سواء كانت ظالمة أو مظلومة، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية"⁽³⁾. هذا وعممت المحكمة العليا حالات استحقاق المطلقة لنفقة العدة مهما كانت ظروف الطلاق وفقا لمايلي: "من المقرر فقها وقضاء بأن نفقة العدة تمنح لكل زوجة مطلقة في جميع الحالات، لأنها مقررة لها شرعا"⁽⁴⁾. واعتبرت المحكمة العليا أن العدة ونفقتها من النظام العام، وفقا للنص الاجتهادي التالي: "المبدأ: لا طلاق بدون عدة وبدون منح نفقة عنها، مادامت العدة من النظام العام... لكن حيث أن قاضي أولى درجة ارتكب خطأ آخر عندما قضى بالطلاق في قضية الحال دون منح المطلقة نفقة العدة، لأن المطلقة يجب عليها أن تعتد من كل طلاق، وبالتالي فالنفقة في قضية الحال واجبة على الزوج والزوجة عليها أن تعتد لأن العدة تعد من النظام العام"⁽⁵⁾.

على أن تقدير مقدار نفقة العدة يدخل في صميم اختصاص قضاة الموضوع مع ضرورة تسبيب مبالغها، وفقا لاجتهاد المحكمة العليا الذي نص على: "من المستقر قضاء أن تحديد مبالغ المتعة والتعويض ونفقة العدة

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 10/02/1971- (المجلة القضائية لسنة 1972. العدد الثاني. ص 66).

(2) عبد الكريم شهبون. الشافي في شرح مدونة الأسرة. ج 1 ص 462.

(3) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 22/10/1984 ملف رقم 34327- (المجلة القضائية لسنة 1989 العدد الثالث. ص 69).

(4) العربي بلحاج. قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02/05 ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة 1966-2006. ص 335. (أنظر: المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار غير منشور صادر بتاريخ 14/02/1986 ملف رقم 40351-).

(5) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 12/07/2006 ملف رقم 358348- (المجلة القضائية لسنة 2006. العدد الأول. ص 23).

ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غير أنهم ملزمين بذكر أسباب تحديدها، ومن ثم فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل⁽¹⁾.

هذا وتضمنت بعض قرارات المحكمة العليا نماذجا عن المبالغ المحكوم بها كنفقة للعدة التي قد يتم الحكم بها مع نفقة السكن، وهو ما تضمنه القرار الذي زكته المحكمة العليا وبالتالي تثبتت المبالغ المحكوم بها سلفا: "... وتعديلا له قضى برفع مبلغ التعويض عن الطلاق التعسفي إلى ثمانين ألف دينار، ونفقة العدة والمسكن إلى أربعة وعشرين ألف دينار وهو الحكم الذي يكون قد قضى بالطلاق بين الطرفين مع التعويض عن الطلاق التعسفي ومبلغ العدة والمسكن....، قرّرت المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث قبول الطعن بالنقض شكلا، ورفضه موضوعا وإلزام الطاعن بالمصاريف القضائية"⁽²⁾.

كما جاء النص على نفقة العدة مستقلا عن السكن، وفقا للنص الاجتهادي التالي: "...وأيد مبدئيا حكما مستأنف لديه وتعديلا له خفض مبلغ التعويض عن الطلاق التعسفي إلى 80.000.00 دينار ثمانين ألف دينار، وخفض نفقة العدة إلى 15.000.00 دينار (خمس عشرة ألف دينار)...، فلهذه الأسباب قضت المحكمة العليا قبول الطعن شكلا وموضوعا، وينقض وإبطال القرار الصادر عن مجلس قضاء تيزي وزو بتاريخ 2004/11/24 جزئيا فيما يخص الأثاث ونفقة الإهمال للمطلقة وولديها وبدل الإيجار..."⁽³⁾، فقد نقضت المحكمة العليا القرار جزئيا مع الإبقاء على مقدار نفقة العدة دون تغيير.

في نفس المنحى تضمن اجتهاد قضائي آخر مقدار نفقة العدة بنصه على: "...مع العلم وأنّ الحكم المستأنف قضى نهائيا بالطلاق بالتراضي بين المدعي والمدعى عليها وابتدائيا إلزام المدعي بأن يدفع للمدعى عليها مبلغ 15.000 دينار كنفقة عدة...، قرّرت المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث قبول الطعن بالنقض شكلا، ورفضه موضوعا وتحميل المطعون ضدها بالمصاريف القضائية".

من خلال هذه اللّحة البسيطة عن بعض قرارات المحكمة العليا، يتّضح جليّا أنّ القضاة أثناء نظرهم دعاوى الطلاق قد وضعوا سقفا عرفيا فيما يخص تحديد مبلغ نفقة العدة بسبب غياب نصّ قانوني صريح ينظّم هذه المسألة.

بالرجوع إلى إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، فإنّها جاءت منقوصة بخصوص استحقاق المطلقة للنفقة خلال العدة، ذلك أنّ هذه الفترة قرّرتها الشريعة الإسلامية، واقتدى بها المشرع الجزائري في الحرص على إتمامها لنبل الهدف المرجو منها، وضرورة أن تحصل المطلقة خلالها على نفقة من المطلق تتولى بواسطتها تصريف أمورها المالية، بل وجعلتها المحكمة العليا من مقتضيات النظام العام وفقا

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية – قرار صادر بتاريخ 1991/06/18 ملف رقم 75029 – (المجلة القضائية لسنة 1994. العدد الثاني. ص 65).

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية – قرار صادر بتاريخ 2007/04/11 ملف رقم 390091 – (المجلة القضائية لسنة 2007. العدد الأول. ص 246 و 248).

(3) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية – قرار صادر بتاريخ 2008/03/12 ملف رقم 402333 – (المجلة القضائية لسنة 2008. العدد الأول. ص 258 و 261).

لأحد قراراتها، على النقيض من هذه الاتفاقية التي تضمنت الإشارة إلى نيل الاستحقاقات الأسرية بالتساوي، فضلا على تقريرها نفس الحق للزوجين عند انعقاد الزواج وفسخه.

الفرع الثاني: استحقاق نفقة الإهمال.

يمكن أن يمتد أثر الطلاق إلى حق مالي غاية في الأهمية، جرت العادة على أن يتم تضمينه في الحكم القضائي القاضي بالطلاق والمنصب حول نفقة الإهمال، والتي يتكبد بها الرجل وفق ضوابط معينة ينبغي الإحاطة بها والتفصيل فيها كما يلي:

أولا: مفهوم الإهمال.

يكتنف الإهمال الكثير من الغموض في ظل قانون الأسرة الجزائري، على اعتبار أن المشرع لم يشر إليه في قانون الأسرة، ولكن جرت العادة القضائية أن تتضمن الأحكام القضائية نفقة الإهمال من دون النص أو التلميح لمعناها، ولذلك وجب التعرض لمفهوم الإهمال وفق المدلولين اللغوي والاصطلاحي.

1- تعريف الإهمال في اللغة.

الإهمال من الفعل هَمَلَ، وهو بالفرنسية (Abandon)⁽¹⁾ والانجليزية (Negligence)⁽²⁾، يُقال هملت العين بمعنى فاضت وسالت، والسماء هملا بمعنى دام مطرها، والإبل هملت أي سرحت بلا راع⁽³⁾، وأهمل الشيء بمعنى تركه ولم يستعمله عمدا أو نسيانا، وأهمل فلانا أي خلى بينه وبين نفسه⁽⁴⁾.

من خلال التفريعات اللغوية لمعنى الإهمال يتضح أنها تنصرف إلى عدم الاهتمام والتأني بالنفس والتّرك.

2- تعريف الإهمال في الاصطلاح.

لم يتضمن قانون الأسرة الجزائري معنى واضحا للإهمال الذي يستوجب دفع نفقة بموجبه، وأيضا باقي فروع التشريع الجزائري، وعلى كلّ فالإهمال المنصّب على الأسرة هو إخلال أحد الزوجين بالتزاماته الزوجية، وهو ما يترتب ضررا يمسّ كيان الأسرة ويشكّل جريمة اعتداء على نظامها يستوجب العقاب⁽⁵⁾.

فالإهمال في مجال الأسرة يتضمن ترك الإلتزامات الواجبة، التي يفرضها الطابع الإنساني والقانوني لتكوين الأسرة، طالما حدث الزواج وضرورة تحمّل كلّ طرف مسؤولياته المنوطة به، بشكل يتناسب مع ما يفرضه القانون من تحديد لحجم المسؤولية، وربط ذلك بفكرة العقاب في صورة الإخلال بالواجبات التي يجب أن تستمر مهما بلغت المشاكل بين الزوجين.

(1) ابتسام القزام. المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري. ص 9.

(2) محمد رواس قلعة جي؛ حامد صادق قنبي. معجم لغة الفقهاء. ص 97.

(3) الفيروزأبادي. القاموس المحيط. ص 1709.

(4) إبراهيم مصطفى وآخرون. المعجم الوسيط. ص 995.

(5) عبد العزيز سعد. الجرائم الواقعة على نظام الأسرة. الديوان الوطني للأشغال التربوية، ط2. 2002. ص 11.

ثانيا: صور الإهمال العائلي.

بالرغم من عدم وضع تحديد مفهوم الإهمال العائلي في صلب المنظومة القانونية الجزائرية، إلا أنّ ذلك لم يحل دون عدم تبين أهم الصور التي يأخذها الإهمال العائلي، والذي يعتبر في نظر المشرع جريمة تستدعي العقاب، وهذه الصور لم يتضمنها قانون الأسرة بل تمت الإشارة إليها في نطاق قانون العقوبات، وهي أربع صور تتجلى في: ترك مقر الأسرة، وعالجتها الفقرة الأولى من المادة 330 من قانون العقوبات، وكذا التخلي عن المرأة الحامل، بموجب الفقرة الثانية من المادة 330، فضلا عن الإهمال المعنوي للأولاد، وهو ما تضمنته الفقرة الثالثة من المادة 330، بالإضافة إلى عدم تسديد النفقة المقررة قضاء، وفقا لنص المادة 331، وسيتم التفصيل في ذلك على النحو التالي:

1- الصورة الأولى: ترك مقر الأسرة.

تتجلى هذه الصورة بترك أحد الوالدين مقر أسرته لمدة تتجاوز الشهرين، وبالتالي التخلي عن الالتزامات الأدبية والمادية المنوطة بالسلطة الأبوية، أو الوصاية القانونية بدون سبب جدي، وتضمنت هذه الصورة المادة 330 من قانون العقوبات الجزائري بنصها على: "يعاقب بالحبس من ستة أشهر (6) إلى سنتين (2) وبغرامة من 50.000 دج إلى 200.000 دج: 1- أحد الوالدين الذي يترك مقر أسرته لمدة تتجاوز شهرين (2) ويتخلى عن كافة التزاماته الأدبية والمادية المترتبة على السلطة الأبوية أو الوصاية القانونية، وذلك بغير سبب جدي، ولا تنقطع مدة الشهرين (2) إلا بالعودة إلى مقر الأسرة على وضع يُنبئ عن الرغبة في استئناف الحياة العائلية بصفة نهائية".

2- الزوج الذي يتخلى عمدا ولمدة تتجاوز شهرين (2) عن زوجته وذلك لغير سبب جدي".

على أنّ هذه الصورة تستدعي توفّر شروط معينة لاعتبارها جريمة تخضع للنص القانوني سالف الذكر، وهذه الشروط هي:

أ- تقديم الشكوى بترك مقر الأسرة.

يُعتبر هذا الشرط ضروريا لاستكمال إجراءات المتابعة، وهو ما جاءت به المادة 330 في فقرتها الأخيرة بنصها على "وفي الحالتين 1 و 2 من هذه المادة لا تتخذ إجراءات المتابعة إلا بناء على شكوى الزوج المتروك. ويضع صفح الضحية حداً للمتابعة الجزائية"، وعلى هذا الأساس فلا يمكن للنيابة العامة تحريك الدعوى الجزائية ضد الزوج الذي اقترف فعلا هذا العمل بدون شكوى من الزوج الآخر، فلا بدّ من أن تقوم الزوجة بإيداع شكواها بشرط بقائها في بيت الزوجية، لوحدها أو مع أولادها خلال قيام الرابطة الزوجية، لأنّ الزوج إذا سبق وأن ترك مقر الزوجية لمدة تتجاوز الشهرين ثم وقع الطلاق، فلا يمكن للزوجة تقديم شكوى بهذا الخصوص لتفويت فرصة حماية الأسرة التي قصد المشرع تحقيقها جزاء سنّ هذه المادة.

ب- قيام الزوجية الصحيحة.

حتى تكون إدانة الزوج المهمل لواجباته الأسرية معتبرة قانونا، لا بدّ من وجود عقد زواج صحيح يجمع بين الزوجين، على أن يتم إرفاق الشكوى بعقد الزواج المسجل في سجلات الحالة المدنية المخصصة لذلك،

لإعطاء الشكوى حجية على اعتبار أنّ تقديم مجرد الشكوى لا يفي بالغرض، مع ضرورة إثبات أنّ الزواج لم ينقض بالطلاق، ولهذا فإنّه في حالة ما تمّ زواج عرفي، وتخلّى الزوج عن التزاماته فعلى الزوجة قبل تقييد الشكوى ضده أن تعمل على تسجيل زواجها رسمياً بموجب المادة 22 من قانون الأسرة، بتقديم طلب للسيد وكيل الجمهورية للمحكمة التي وقع في دائرة اختصاصها الزواج⁽¹⁾.

ج- ترك مقر الأسرة لمدة أكثر من شهرين.

يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار ترك مقرّ الزوجية لمدة تجاوز الشهرين، وتشمل هذه الفترة مُغادرة بيت الزوجية فضلاً عن التخلي عن الواجبات الأسرية في نفس الوقت، كما أنّ هذه المدة تخضع للانقطاع بسبب عودة الزوج التارك لأسرته إلى مقرّ الزوجية، بشرط أن يكون ذلك تعبيراً منه عن الرغبة الصادقة في استئناف الحياة الزوجية، ويخضع تقدير هذه الرغبة للقاضي الذي يمكنه معاينة ذلك، من خلال عدم اعتماده على الأخذ بالرجوع المؤقت للزوج المتقاعد عن التزاماته الأسرية خوفاً من العقاب القانوني، أمّا إذا بقي الزوجان بعد الزواج يعيش كلّ واحد منهما في بيت أهله مُنفصلاً عن الآخر، فلا اعتبارها لبيت الزوجية لأنّه في حكم المعدوم⁽²⁾.

مع أنّ المشرّع بنصّه على ضرورة تجاوز مدّة الإهمال الشهرين قد حاول منح الزوج المقصّر (رجلاً كان أو امرأة) فرصة لتدارك الأمر، والعودة لمقرّ الزوجية بغية الحفاظ على الأسرة من التهاوي، بتطبيق العقاب مباشرة بعد ترك بيت الزوجية، ومن جهة أخرى فإنّ هذه الفترة تنقطع ولا تُحسب إذا لم تتجاوز الشهرين، حيث قد يترك أحد الزوجين يوماً أو يومين على انقضاء المدة ويعود لبيت الزوجية، درءاً للمتابعة القضائية التي في حال لم تستوفِ الشكوى شرط المدة فإنّها لا تخضع للنظر من طرف القضاة، ولا يمكن للقاضي معرفة نية الزوج المهمل ومدى معاودته القيام بترك مقرّ الزوجية والتخلي عن التزاماته، ولهذا وجب التشدد في هذه الجزئية لا سيما إذا أثبتت الوقائع عنصر التكرار والعود، الذي يدلّ على سوء النية في استمرار الحياة الزوجية.

د- التخلي عن الالتزامات الأسرية.

يضاف إلى شرط المدة المقدّرة بشهرين في نظر القانون، شرط التخلي عن الواجبات الأسرية تجاه الزوجة والأولاد، سواء كانت هذه الالتزامات مادية أو معنوية، فالمادية منها ما يتعلّق بتأمين الحاجات المعيشية الضرورية، من حيث توفير النفقة بمشتملاتها من غذاء وكسوة وعلاج للزوجة وأطفالها الباقين لوحدهم في مقرّ الزوجية، وأمّا الأدبية فيتعلّق الأمر بتربية الولد ورعايته وتعليمه وحمايته وتوجيهه، بما يتلاءم مع الأخلاق الإسلامية والأعراف المجتمعية الحميدة السائدة⁽³⁾.

(1) عبد العزيز سعد. الجرائم الواقعة على نظام الأسرة. ص 12 و 13.

(2) أحسن بوسقيعة. الوجيز في القانون الجنائي الخاص - الجرائم ضد الأشخاص والجرائم ضد الأموال - دار هومة، بوزريعة، الجزائر. 2002. ج 1 ص 145... 148.

(3) عبد العزيز سعد. الجرائم الواقعة على نظام الأسرة. ص 14 و 15.

هـ- ضرورة توقّر قصد الإضرار.

ينطوي هذا الشرط على عدم وجود سبب وجيه وجدي يدفع الزوج التارك لمقرّ الزوجية يُقدّم على هذا الفعل، سواء كان الباعث على ذلك قانونيا أو شرعيا، وبالمفهوم المخالف فإنّه في صورة ما حال أمر صريح بين عودة الزوج لبيت الزوجية أو دفعه للتخلّي عن التزاماته، فذلك لا يُعدّ سببا وجيها للمتابعة القضائية لا سيما إذا ثبت عدم توقّر عنصر الإضرار، وسوء النية، كالظروف الصحية أو المهنية أو العائلية التي تدفع لمغادرة مقرّ الزوجية، كالبحث على العمل أو متابعة دراسة، غير أنّ سوء النية مفترض، وعلى الزوج الذي ترك البيت إثبات قيام السبب الجدي لذلك، وعلى كلّ لم يفصل التشريع الجزائري في أهمّ الأسباب التي قد تدفع لترك مقرّ الزوجية⁽¹⁾، تاركا المجال للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع أثناء نظرهم لهذه الدعاوى.

من خلال النص القانوني الضابط لترك مقرّ الأسرة يتبيّن أنّ جميع الإجراءات الخاصة بالمتابعة القضائية ضدّ الزوج التارك لالتزاماته، بصرف النظر عن جنسه لأنّ المادة جاءت عامّة من حيث النصّ على "أحد الوالدين"، لا بدّ أن تكون بناء على شكوى الزوج المقيم في البيت، وعلى هذا الأساس إذا باشرت النيابة العامة المتابعة بدون شكوى تكون المتابعة باطلة بطلانا نسبيا، فلا يجوز لغير المتهم إثارته أمام محكمة أول درجة وقبل أيّ دفاع في الموضوع، وتبقى للنّياية العامّة سلطة ملاءمة المتابعة، من خلال إمكانية تقرير حفظ الشكوى إذا اتّضح لها عدم توقّر شروط المتابعة، وأنّ سحب الشكوى يضع حدّا للمتابعة، وهو ما عاجته المحكمة العليا بقرارها الذي نصّ على: "حيث بخلاف ما يدّعيه بمراجعة القرار يتبيّن أنّ قضاة الموضوع ذكروا بقولهم أنّ الضحيّة تنازلت بواسطة دفاعها عن شكواها ممّا يتعيّن معه إلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بوضع حدّ للمتابعة الجزائية لصفح الضحيّة عملا بنصّ المادة 330 من قانون العقوبات" ومنه فإنّ قضاة المجلس باعتمادهم المادة 330 كعمل لهم أيضا فيما فعلوا بمنطوق قرارهم ماجاء بحديثهم يكونوا قد سبّبوا قرارهم بما فيه الكفاية مادام النصّ القانوني المتخذ ينصّ في فقرته الأخيرة "ويضع صفح الضحيّة حدّا للمتابعة الجزائية..."⁽²⁾.

2- الصورة الثانية: إهمال الزوجة الحامل.

خلال فترة الحمل تحتاج الزوجة الحامل لرعاية صحيّة خاصّة، من حيث اللّقاحات التي يتطلّبها الحمل، وكذا حفاظا على صحتّها التي تصبح حسّاسة خلال هذه المدّة، وما يستتبع ذلك من نظام غذائي حتى يكتمل الحمل في أحسن الظروف ويبصر المولود النور، لذلك تتعاظم المسؤولية الملقاة على الزوج كونه الراعي المسؤول عن الزوجة وحملها، وعلى هذا الأساس شدّد المشرّع الجزائري العقوبة على الزوج المتخاذل في تأدية واجبه بهذا الخصوص، ولا سيما ترك الزوجة الحامل بدون رعاية وهو ما نصّت عليه المادة 330 من قانون العقوبات: "يُعاقب بالحبس من شهرين (2) إلى سنة (1) وبغرامة من 25.000 دج إلى 100.000 دج... 2- الزوج

(1) أحسن بوسقيعة. المرجع السابق. ج 1 ص 149.

(2) المحكمة العليا- غرفة الجنح والمخالفات- قرار صادر بتاريخ 2010/04/29 ملف رقم 574335- (المجلة القضائية لسنة 2011. العدد الأول. ص 296).

الذي يتخلّى عمدا ولمدة تتجاوز شهرين(2) عن زوجته مع علمه بأنها حامل وذلك لغير سبب جدّي"، ومن خلال تفحص هذه المادة، يتّضح وجوب توافر شروط معينة يجب مراعاتها حتى تثبت هذه الجريمة وبالتالي العقوبة المقررة لها قانونا.

أ- تقديم الشكوى بشأن إهمال الزوجة الحامل.

يعدّ تقديم الشكوى عنصرا أساسيا لتحديد مسؤولية الزوج الذي ترك زوجته الحامل بدون عناية، مع علمه بأنها حامل، على أن يتمّ ذلك أمام الجهات المختصة بخصوص تلقي الشكاوى، سواء كان ضابط الشرطة القضائية أو وكيل الجمهورية، ويكون ذلك شفها أو عن طريق قيد الشكوى كتابة، على أن ذلك ليس من النظام العام، بمعنى أن النيابة العامة لا يمكنها تحريك الدعوى ضدّ الزوج المهمّل، ما لم تُقدّم ضده شكوى بترك زوجته الحامل دون وجه عناية من الزوجة المتضررة شخصا، وفي صورة ما باشرت النيابة العامة إجراءات المتابعة فإنّها تكون مخالفة للقانون وتقع باطلّة، فتحكم المحكمة ببطالان الإجراءات وعدم قبول الدعوى من جهة، ومن جهة أخرى لا تحكم ببراءة الزوج المتخلّي عن واجبه تجاه زوجته الحامل، ذلك أن عدم قبول الدعوى إنّما يعود بالأساس إلى شرط من شروط المتابعة و تحريك الدعوى العمومية، أمّا الحكم بالبراءة فيرتبط بعدم توفّر أركان الجريمة أو عدم إقامة الدليل⁽¹⁾، هذا بالرغم من جعل النيابة العامة طرفا أصليا في قضايا شؤون الأسرة، إلّا أن دورها في التدخل يتطلّب علمها بإهمال هذا الزوج لزوجته الحامل، ولا يتأتّى ذلك إلّا عن طريق الشكوى، وأيا كان معنى الشكوى كإخطار النيابة أو إعلامها، أو تقييدها كتابيا فإنّ ذلك يبقى قيّدا على مباشرتها للدعوى.

ب- قيام العلاقة الزوجية.

لا يمكن الحديث عن إهمال رجل لامرأة حامل دون أن يربط بينهما زواج، وهو ما تضمّنته المادة القانونية بالحديث عن الزوج، وبالتالي استبعاد العلاقات الغير مشروعة، التي قد ينشؤ عنها حمل غير شرعي، فلا سبيل للحامل في الرجوع على من كان سببا في ذلك بدعوى إهمالها مع حملها، فالمقصود بالزوجية هو أن يرتبط الزوجان بعقد زواج صحيح رسمي، ثابت بمستخرج من سجل الحالة المدنية بموجب المادة 22 من قانون الأسرة الجزائري، وهذا ما يطرح إشكالا يتعلق بالزواج العرفي، وعلى هذا الأساس وحتى تثبت الزوجة المتزوجة عرفيا(الفاثحة) واقعة الإهمال، فإنّها لا بد من أن تسجّل زواجها بصفة رسمية⁽²⁾، بالطريقة المنصوص عليها قانونا من خلال تقديم طلب لوكيل الجمهورية المختص إقليميا يشمل اسمها ولقبها، واسم ولقب الرجل المشتكى منه وعنوان كلّ منها، وتاريخ وقوع الزواج والأطفال الناتجين عنه، طالبة قيد هذا الزواج عن طريق القضاء حتى يتسنى لها الحصول على العقد، وبالتالي إرفاق نسخة منه لشكواها، وعلى هذا الأساس فإنّ القضاء لا ينظر في الشكوى طالما لم تثبت زواجها الرسمي.

(1) عبد العزيز سعد. الجرائم الواقعة على نظام الأسرة. ص 18.

(2) أحسن بوسقيعة. الوجيز في القانون الجنائي الخاص- الجرائم ضد الأشخاص والجرائم ضد الأموال. ج 1 ص 150.

ج- توقّر شرط العمد.

يعتبر هذا العنصر جوهريا في إقامة الدّليل على الزّوج المَهمل لزوجه الحامل، لأنّ المنطق يقتضي وقوفه إلى جانبها من حيث العناية المادية والمعنوية، لاسيما وأنّها في حاجة لذلك، فإذا ثبت تقصيره وتوقّرية الإضرار بها، فذلك من قبيل الجرائم التي يعاقب عليها القانون⁽¹⁾، وبالمفهوم المخالف فإنّه إذا أثبت الزّوج عدم علمه بحمل زوجته، أو أنّ تركه إيّاها لم يكن بغرض الإضرار بها، بسبب ظرف معيّن حال بينه وبين واجبه، ويبقى الأمر يخضع لتقدير قاضي الموضوع في تقييم مدى توقّر عنصر العمد وبالتالي الإضرار.

د- أن تزيد مدّة الإهمال عن الشّهرين.

جاءت المادة 330 من قانون العقوبات الجزائري متضمّنة أجل الشّهرين، بخصوص الإهمال ترك مقرّ الأسرة لسبب غير وجيه وكذا ترك الزّوجة الحامل بدون عناية عمدا، وعلى هذا الأساس حتى تتشكّل عناصر هذه الجريمة، ينبغي أن تثبت الزّوجة الشّاكية علم زوجها المُسبق بحملها علما بيّنا، لأنّ تركها في مقرّ الزوجية لمدّة لا تتجاوز الشّهرين يكون حاثلا أمام الشّكوى⁽²⁾.

على أنّ سكوت الفقرة التي تضمّنت هذه الجريمة، ضمن النّص القانوني بخصوص فكرة انقطاع مدّة الشّهرين، كما هو الشّأن بالنّسبة لترك مقرّ الأسرة، يفتح الباب على جعلها سبيلا لرفض إدانة الزّوج المَهمل⁽³⁾.

كما أنّه تجدر الإشارة إلى فكرة مهمّة تتعلّق بمكان ترك الزّوجة الحامل من دون عناية، فلم يعيّن المشرّع مكان ذلك وحصره على بيت الزوجية، وهذا يدخل في نطاق ما وُقّي فيه المشرّع، حيث أثبتت التّجارب الحياتية أنّ بعض الأزواج يتخلّون عن أزواجهم الحوامل بعيدا عن بيت الزوجية، وتحديدًا في البيت العائلي للزّوجة، وهذا لا يعتبر تبرئة للزّوج المَهمل، الذي قد يدفع بأنّه حتى يكون مُدانا ينبغي أن يتركها في بيت الزوجية، وهذا من الأمور التي تميّز فيه جريمة لإهمال الزّوجة الحامل عن ترك مقرّ الزوجية.

هـ- انتفاء السّبب الجدي.

مناط هذا الشرط هو ترك الزّوج زوجته الحامل، وعلمه بذلك بدون سبب وجيه وعذر مقبول، والهدف من ذلك هو الإضرار بها، بسبب إمكانية وقوع خلافات بينهما، فإذا كان كذلك فإنّه يخضع للمساءلة القانونية، ويمكن للزّوج إثبات حسن نيّته بأنّه كان تحت ظرف طارئ، كقيامه بترك زوجته الحامل في بيت الزوجية أو في بيت والديه تحت رعايتهما أثناء تأدية واجب الخدمة الوطنية، أو غيابه عنها بسبب بقاءه في المستشفى للعلاج داخل أو خارج الوطن.

(1) عبد العزيز سعد. الجرائم الواقعة على نظام الأسرة. ص 19.

(2) عبد العزيز سعد. المرجع نفسه. ص 19.

(3) أحسن بوسقيعة. الوجيز في القانون الجنائي الخاص- الجرائم ضد الأشخاص والجرائم ضد الأموال. ج 1 ص 152.

على أنّ المشرّع قد عاقب المتقاعس في تأدية واجبه الإنساني تجاه زوجته، قبل أي اعتبار آخر بصرف النظر عن قيامه بالتزاماته العائلية من عدمها، والهدف من ذلك هو حماية الطفل والأم⁽¹⁾. لكن ما يُعاب على النص القانوني، هو ربط هذه الجريمة بعامل الزمن الذي لا بدّ أن يتجاوز الشهرين، وهو أمر غير منطقي في بعض الحالات المعقّدة، حيث قد تسوء حالة الزوجة الحامل وتعرض حياتها وحياة جنينها للخطر، ثم يعود الزوج المُهمل لها ويقطع بذلك مدّة الشهرين ويتفادى العقوبة، وعلى هذا الأساس وجب أن يتضمّن النص القانوني هذه الفكرة صراحة، وعدم ترك الأمور للتأويل وضرورة استبعاد فكرة الزمن من هذه الجريمة لأنّها غير مربوطة به، بل قد تكتسي طابعا استعجاليا، في ظلّ إمكانية حدوث مضاعفات خطيرة في أي وقت.

3- الصّورة الثالثة: الإساءة إلى الأطفال.

الأحرى بالوالدين القيام برعاية الأولاد والحرص على تربيتهم، بما يتماشى وتعاليم الدّين الإسلامي الحنيف، وبما يتلاءم مع حسن الأخلاق وعادات المجتمع الحميدة، وعلى هذا الأساس كان الدّور الملقى على عاتقهما مهمّا للغاية، فلا يسأل غيرهما على حسن تنشئتهم تنشئة صحيحة، فاهتمّ المشرّع بهذه التفاصيل وأفرد عقوبة في قانون العقوبات للمتقاعس من الوالدين عن الاضطلاع بدوره حيال أبنائه بخصوص تربيتهم، وجاء ذلك في صلب المادة 330 لا سيما الفقرة الثالثة منها حيث تضمّنت مايلي: "يُعاقب بالحبس من شهرين (2) إلى سنة (1) وبغرامة من 25.000 دج إلى 100.000 دج... 3- أحد الوالدين الذي يعرض صحة أولاده واحد أو أكثر منهم أو يعرض أمنهم أو خلقهم لخطر جسيم بأن يسئ معاملتهم أو يكون مثالا سيئا لهم للاعتياد على السّكر أو سوء السّلوّك، أو بأن يهمل رعايتهم، أو لا يقوم بالإشراف الضّروري عليهم، وذلك سواء كان قد قضى بإسقاط سلطته الأبوية عليهم أو لم يقض بإسقاطها".

من خلال تفحص هذه الفقرة من المادة السّالف ذكرها، يتّضح أنّ المشرّع قد فصل في هذه الجريمة بالمقارنة مع الجرائم الأخرى الخاصّة بالإهمال العائلي، حيث أعطى المشرّع صورا للإساءة للأطفال من طرف والديهما سواء كان الأب أو الأم، بتعريض أمنهم أو خلقهم لخطر جسيم، وذلك بإساءة معاملتهم أو أن يكون مثالا سيئا بسبب السّكر أو سوء السّلوّك أو إهمال رعايتهم، أو لا يقوم بالإشراف عليهم.

إنّ هذا النص القانوني يصطدم مع واجب الوالدين وحقّهما في تأديب أولادهم، حيث يمكن أن يخرج ذلك عن نطاق التّأديب إلى الإساءة، وعلى كلّ حصر المشرّع حالات الإساءة في صورة ما تمّ تعريض صحّة الأولاد واحدا كان أو أكثر، أو أمنهم أو أخلاقهم لخطر حقيقي جسيم، بما في ذلك سلوكيات الوالدين من حيث السّكر وسوء الطّباع، التي قد تترك أثرا على الأولاد، وكذا الإهمال الواضح في رعايتهم لأنّهم أحوج إلى ذلك، فضلا عن ترك واجب الإشراف الملقى على عاتق الوالدين، وزاد المشرّع من التشدّد بأن جعل المسؤولية تبقى

(1) أحسن بوسقيعة. المرجع السابق. ج 1 ص 152.

قائمة حتى في حالة فقدان السلطة الأبوية وفي ذلك مسؤولية على الأب، لكن المشرع لم يبين كيف يمكن إسقاطها.

من خلال هذه التفاصيل يمكن تحديد العناصر التي تنبني عليها هذه الجريمة، وبالتالي خضوع مرتكبيها للجزاء القانوني وهي كما يلي:
أ- صفة الأبوة أو الأمومة.

هذا الشرط جوهري ومنطقي، ومقصده أن يرتبط الفاعل والضحية بعلاقة بنوة وأبوة وأمومة حقيقية قائمة على زواج صحيح، وأن يثبت نسبه بما يتماشى والنص القانوني للمواد 40 و 41 من قانون الأسرة، واستبعاد فكرة التبني طبقا لنص المادة 46، مع إمكانية استبعاد هذه الصفة بخصوص الطفل المكفول طبقا لنص المادة 116 لانتفاء صفة الوالدين عنه، وبالتالي عدم إمكانية المتابعة القضائية في صورة ما حدثت الإساءة⁽¹⁾.

ب- توفّر وسيلة التعرّض للضرر.

يُقصد بذلك وجود وسيلة لإلحاق الضرر بالأولاد بما يتلاءم مع ما تضمنته المادة 330 في الفقرة الخاصة بهذه الجريمة، وما يتعلق بإساءة معاملة الأولاد، من خلال الإفراط في ضربهم أو تعذيبهم أو تجويعهم أو إهمال علاجهم بدون باعث جدّي أو شرعي، الأمر الذي قد يلحق الضرر بالولد، أو إدمان أحد الوالدين على الخمر أو سوء السلوك كالفجور أو الانحلال الخلقي، وكذا ترك الاهتمام بكلّ ما من شأنه أن يسهم في توجيهم وتربيتهم وتسطير مستقبل واعد لهم، وهي الأمور التي تؤثر على نفسية الأولاد وتجعل والديهم مسؤولين قانونيا⁽²⁾.

فهذه التجاوزات في حقّ الأبناء يمكن أن تكتسي طابعا ماديا، كضربه أو تقييده أو تركه وحيدا في البيت أو عدم عرضه على الطبيب في حالة مرضه، أو عدم اقتناء الدواء له، وقد تكتسي أيضا طابعا معنويا كالسكر أو القيام بأعمال منافية للأخلاق، أو طرد الأولاد خارج البيت، أو صرفهم للشارع دون أدنى اهتمام، كما يشترط أن تكون هذه الأعمال متكررة حتى يعتدّ بها قانونا.

ج- تحقّق الخطر أو الضرر الجسيم.

حتى تتمّ المتابعة القضائية عن هذه الجريمة، اشترط المشرع من خلال النص القانوني تضرر أحد الأولاد بكلّ ما من شأنه المساس بصحته أو بجسمه أو أخلاقه أو أمنه، سواء كان هذا الفعل إيجابيا أو سلبيا من طرف الأب أو الأم، مع الملاحظة بأنّ النص القانوني لم يتضمنّ معايير محدّدة بشأن تحديد مدى حجم الضرر الداعي لتقرير العقوبة، وترك ذلك للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع من أجل الوقوف على مدى أهمية الأضرار⁽³⁾.

(1) أحسن بوسقيعة. الوجيز في القانون الجنائي الخاص- الجرائم ضد الأشخاص والجرائم ضد الأموال. ج 1 ص 153.

(2) عبد العزيز سعد. الجرائم الواقعة على نظام الأسرة. ص 23.

(3) عبد العزيز سعد. المرجع نفسه. ص 23.

ثالثا: نفقة الإهمال العائلي في ظل الممارسة القضائية.

تتضمن الأحكام القضائية الناطقة بالطلاق جوانب مالية يتحملها أطراف العلاقة الزوجية المنتهية، ومن ضمنها نفقة الإهمال التي تضمنتها قرارات المحكمة العليا كثيرا، وفق صيغ متفاوتة من حيث تحديد طبيعتها، وقيمتها وتواريخ سريانها.

1- طبيعة نفقة الإهمال في ظل قرارات المحكمة العليا.

جاء النص على نفقة الإهمال كأثر من الآثار المالية للطلاق، بموجب القرار الذي نصّ على: "من الأحكام الشرعية أنّ للزوجة المطلقة طلاقا تعسّفا نفقة عدّة، نفقة إهمال، نفقة مُتعة وكذلك التعويض الذي قد يحكم به لها من جزاء الطلاق التعسّفي، وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة وفي أي إطار تدخل، والقضاء بما يخالف هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح للزوجة المطلقة مبلغا إجماليا من النقود مقابل الطلاق التعسّفي"⁽¹⁾، وعلى هذا الأساس تعتبر نفقة الإهمال من الضروريات المالية التي تشملها القرارات القضائية بسبب ترك الواجبات الأسرية المكفولة قانونا.

كما أنّ نفقة الإهمال لا يتمّ الحكم بها تلقائيا من قبل الجهات القضائية، بل لا بدّ أن تكون بناء على طلب المتقاضين حتى في مرحلة الاستئناف، وليس على أساس أنّها طلب جديد، وهو ما تضمنه القرار القضائي بنصّه على: "... عن الوجه الثاني: حيث أنّ النفقة والمتعة والعدّة ونفقة الإهمال والأثاث والمصوغ كلّ هذه الأشياء تحدث طلباتها إثر الطلاق، ... فإنّ توابع العصمة والأشياء الخاصة بالزوجين أو بأحدهما بمناسبة الطلاق يجوز طلبها حتى في مرحلة الاستئناف تبعا للظروف، لأنّها مُرتبطة بواقعة الطلاق ولا تعتبر طلبا جديدا..."⁽²⁾، فواضح مدى الأهمية التي تتمتع بها نفقة الإهمال في ظلّ القرارات القضائية للمحكمة العليا.

هذا بالإضافة إلى أنّ فرض نفقة الإهمال ليس مطلقا بل تستثنى منه المرأة النّاشز وفقا لقرار المحكمة العليا الذي نصّ على: "... وأنّ نفقة الإهمال لا تُدفع للزوجة النّاشز..."⁽³⁾.

لكن الأمر الذي يستدعي التّفصيل والتّدقيق، أنّ جلّ القرارات القضائية التي تضمنت هذه النفقة لم تبين نوع الإهمال الذي حكمت بموجبه بهاته المبالغ الدّاخلية في نطاق الإهمال، حيث ترد الصّيغة عامة ومُهممة، أي استبعاد صور الإهمال الواقع على الأسرة، كترك بيت الزوجية والإساءة للأطفال، وكذا إهمال المرأة الحامل؛ وإن كانت هذه الصّورة الأخيرة قد حظيت بلفتة اجتهادية من لدن المحكمة العليا، حيث تضمن قرار قضائي شمولية مصاريف النّفاس وفقا لمايلي: "حيث أنّ الطّاعن يعيب على قضاة المجلس قضاءهم بالمصادقة على الحكم المستأنف القاضي بإلزامه بدفعه للمطعون ضدها مبلغ 10.000 دج مقابل مصاريف النّفاس، بالرغم

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية - قرار صادر بتاريخ 1986/04/07 ملف رقم 41560 - (المجلة القضائية لسنة 1989. العدد الثاني. ص 69).

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية - قرار صادر بتاريخ 1990/03/19 ملف رقم 59140 - (المجلة القضائية لسنة 1991. العدد الرابع. ص 121).

(3) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية - قرار صادر بتاريخ 1994/04/19 ملف رقم 103793 - (نشرة القضاة لسنة 1997 العدد 51. ص 96).

من عدم تقديمها لما يثبت إنفاقها للمبلغ المذكور مقابل تكاليف العلاج والأدوية. لكن حيث أن النفاس يتطلب عناية خاصة بالمرأة لمدة معينة، وذلك لرعاية صحتها وصحة طفلها، ونظامها الغذائي، خلال تلك المدة، ومن ثم فإن المصاريف المتعلقة به لا تقتصر على العلاج والأدوية فقط مثلما يعتقد الطاعن، وإنما تقتضي كذلك، متابعة نظام غذائي معين يقتضي هو الآخر مصاريف خاصة، تخضع في تقديرها إلى السلطة التقديرية لقضاة الموضوع، ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم بالمصادقة على الحكم المستأنف القاضي بإلزام الطاعن بدفعه للمبلغ المذكور مقابل مصاريف النفاس، على هذا الأساس، يكونون قد سببوا قرارهم بما فيه الكفاية..."⁽¹⁾.

كما ذهب اجتهاد قضائي آخر إلى اعتبار مصاريف النفاس من المصاريف الخاصة بمشتملات النفقة وفقا للنص الاجتهادي التالي: "... وحيث أن المطعون ضدها استأنفت الحكم المذكور لكون القاضي الأول لم يحكم لها بمصاريف النفاس التي قدرتها الطاعنة بمائة ألف دينار. وحيث أن قضاة المجلس رفضوا طلبها على أساس أنها لم تطلبها أمام القاضي الأول كما أنها لم تقدم بالملف ما يثبت هذه المصاريف، مع أن المطعون ضده لم يناقشها أمام قضاة الاستئناف باعتبارهم قضاة موضوع، فضلا على أن المصاريف مشتقة من الطلب الأصلي المتعلق بالنفقة، ومن ثم يصوغ للطاعنة أن تطالب بمصاريف النفاس باعتباره من الضروريات في عرف وعادات العائلة الجزائرية وفق التعريف الوارد بالمادة 78 من قانون الأسرة، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه بالإحالة..."⁽²⁾.

كما يمكن أن تكون المصاريف الخاصة بالحمل مصاريف إضافية، فضلا على النفقة، وفقا لما نص عليه الاجتهاد القضائي التالي: "حيث خلافا للنفقة المنصوص عليها قانونا، فإن مصاريف الوضع تعتبر نفقة إضافية يلتزم بها الزوج، طالما الوضع ناتج عن العلاقة الزوجية التي كانت قائمة بين الزوجين، والزوج مسؤول عن هذه المصاريف المادية..."⁽³⁾.

كما أن عدم اكتشاف الحمل لا يحول دون فرض نفقة الإهمال، وفقا لقرار المحكمة العليا الذي نص على: "... وحيث أن عدم التصريح بالحمل عند الحكم بالطلاق لا يُعد حجة تجاه المطلقة لأن هذه الأخيرة قد لا تحس أو تشعر به في أسابيعه الأولى بل حتى في الشهرين الأولين له... وأن اكتشافه قد يكون بواسطة التحليل الدقيق والجيد..."⁽⁴⁾.

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 2011/01/13 ملف رقم 594435 - (المجلة القضائية لسنة 2011. العدد الثاني. ص 268).

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 2009/06/10 ملف رقم 502268 - (المجلة القضائية لسنة 2010. العدد الأول. ص 221).

(3) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 2009/02/11 ملف رقم 478795 - (المجلة القضائية لسنة 1989. العدد الأول. ص 272 و 273).

(4) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 2001/02/21 ملف رقم 254080 - (المجلة القضائية لسنة 2002. العدد الثاني. ص 444).

2- مبالغ نفقة الإهمال في ظل قرارات المحكمة العليا.

يتمّ تحديد مبلغ نفقة الإهمال في صلب الأحكام القضائية، التي تتباين من قاضٍ لآخر وباختلاف الزّمان والمكان، على أنّها في الغالب تخضع لعُرف قضائي معيّن، فرضته الممارسة القضائية في ظلّ القصور التشريعي في مجال قانون الأسرة بهذا الخصوص، وإن كان المشرّع قد نصّ عليها في قانون العقوبات واضعاً بذلك مجالا معيّنًا للغرامة الخاصة بالصّور المختلفة للإهمال الوارد على الأسرة والذي يتراوح بين 25.000 دج و200.000 دج، وإن كانت هذه المبالغ مرتبطة بتقديم شكوى ضدّ المُتسبّب في الإهمال.

بالرجوع إلى النصوص الاجتهادية للمحكمة العليا، فقد تضمّنت بعض المبالغ الخاصة بنفقة الإهمال والتي أيدت بعضها ونقضت البعض الآخر، ومن ذلك القرار الذي تضمّن مايلي: "...وهو الحكم الذي يكون قد قضى بالطلاق بين الطّرفين مع التعويض عن الطّلاق التعسّفي ومبلغ نفقة العدة والمسكن فضلا عن نفقة الإهمال للمطعون ضدها بمبلغ 2.000 دج شهريا ابتداء من تاريخ رفع الدّعى في 2000/02/11 إلى غاية النطق بحكم الطّلاق"⁽¹⁾.

أيضا نصّ اجتهاد قضائي على: "...بالزام المدّعى عليه بإرجاع زوجته المدّعية إلى البيت الزوجي بسعي منه، وأن يدفع لها مبلغ 2.500 دج شهريا مقابل نفقة الإهمال تسري من 2004/06/28 إلى غاية الرجوع الفعلي..."⁽²⁾.

هذا ونصّ اجتهاد قضائي آخر في مضمونه على مبلغ نفقة الإهمال المقدّر وفقا لمايلي: "...وإلزام المستأنف عليه بتعويض المطلقة بخمسين ألف دينار (50.000 دينار) تعويضا عن الطّلاق وخمسة عشر ألف دينار (15.000 دينار) نفقة عدة ومبلغ ثلاثة آلاف دينار جزائري (3000 دينار) نفقة إهمال تسري من تاريخ رفع هذه الدّعى إلى تاريخ صدور حكم الطّلاق..."⁽³⁾.

وقد رفع قرار آخر المبلغ وفقا لما يلي: "...وإلزام الطّاعن أن يدفع للمطعون ضدها مبلغ مائة ألف دينار تعويضا عن الضّرر اللاحق بها ومبلغ ثلاثين ألف دينار نفقة عدة ومبلغ أربعة آلاف دينار نفقة إهمال تسري ابتداء من شهر جانفي 2009 إلى غاية النطق بالحكم..."⁽⁴⁾.

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية - قرار صادر بتاريخ 2007/04/11 ملف رقم 390091 - (المجلة القضائية لسنة 2008. العدد الأول. ص 246).

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية - قرار صادر بتاريخ 2008/11/12 ملف رقم 466390 - (المجلة القضائية لسنة 2008. العدد الثاني. ص 318).

(3) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية - قرار صادر بتاريخ 2009/01/14 ملف رقم 476387 - (المجلة القضائية لسنة 2009. العدد الأول. ص 262).

(4) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية والمواريث - قرار صادر بتاريخ 2011/09/15 ملف رقم 654972 - (المجلة القضائية لسنة 2011. العدد الثاني. ص 295).

من خلال تفحص الاجتهادات القضائية- حسب الإطلاع- يتضح تسلسلها الزمني رفع مبالغ نفقة الإهمال تدريجيا من سنة لأخرى، وذلك راجع بطبيعة الحال لتزايد مستوى المعيشة من جهة، ومن جهة أخرى ارتفاع الأسعار.

2- المدّة المعتبرة في نفقة الإهمال في ظلّ قرارات المحكمة العليا.

تتضمن الأحكام القضائية فضلا عن تحديد المبالغ المخصّصة لنفقة الإهمال، مواعيدا يجب مراعاتها لتقييم المبالغ الإجمالية الواجب دفعها من طرف المتقاعس والمتهم بالإهمال، وهي تكون بصفة شهرية وفقا لكلّ القرارات القضائية الصّادرة في هذا الشّأن.

غير أنّ الإشكال يتجلّى في الزّمن الذي تشمله هذه النّفقة، بمعنى أدقّ بداية سريانها وتاريخ نهايتها، وذلك واضح من خلال العديد من النّصوص التي من بينها: "...فضلا عن نفقة الإهمال للمطعون ضدها بمبلغ 2.000 دج شهريا ابتداء من تاريخ رفع الدّعى في 2000/02/11 إلى غاية النّطق بحكم الطّلاق"⁽¹⁾.

من خلال هذا النّص، يتّضح أنّ نفقة الإهمال تسري على امتداد الفترة المحصورة بين تاريخ رفع دعوى الطّلاق وتاريخ صدور الحكم.

لكن قد تنصلح الأمور بين الزوجين، وتكون الرّجعة إلى بيت الزوجية، على أنّ ذلك ليس مبرّرا لتنصلّ الزوج المهمل من هذه النّفقة، وذلك وفقا للنّص الاجتهادي الذي تضمّن ما يلي: "...وأن يدفع لها مبلغ 2.500 دج شهريا مقابل نفقة الإهمال تسري من 2004/06/28 إلى غاية الرّجوع الفعلي..."⁽²⁾.

يتّضح بصفة جليّة أنّ هذا القرار تضمّن فكرة الرّجوع الفعلي، والمقصود به الرّجعة المادية إلى بيت الزوجية وعدم الاكتفاء بصدور الحكم القاضي بالرّجعة، لأن ذلك قد يشكّل فاصلا زمنيا معتبرا قد يتلکّؤ الزوج في التهرّب منه بحجّة ارتباط هذه النّفقة بصدور حكم الرّجعة وعدم تنفيذه.

غير أنّ هذا الطّرح يصطدم بفكرة أخرى لدى المحكمة العليا من خلال النّص الاجتهادي التّالي: "...وأيد مبدئيا حكما مستأنف لديه وتعديلا له خفض مبلغ التّعويض عن الطّلاق التعسّفي إلى 80.000.00 دينار ثمانين ألف دينار، وخفض نفقة العدة إلى 15.000.00 دينار (خمسة عشر ألف دينار) وخفض نفقة الإهمال إلى 2.000.00 دينار (ألف دينار جزائري) تسري شهرا قبل رفع دعوى الطّلاق، وتستمر إلى غاية النّطق بحكم الطّلاق...."⁽³⁾.

تضمّن هذا النّص الاجتهادي فكرة نوعية، مقارنة مع الاجتهادات السّابقة التي حصرت مدّة نفقة الإهمال بين تاريخ رفع الدّعى وتاريخ صدور الحكم، حيث جاء مقرّرا حسابها لمدّة تسبق رفع دعوى الطّلاق بشهر

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية والموارث - قرار صادر بتاريخ 2007/04/11 ملف رقم 390091- (المجلة القضائية لسنة 2008. العدد الأول. ص 246).

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية والموارث- قرار صادر بتاريخ 2008/11/12 ملف رقم 466390- (المجلة القضائية لسنة 2008. العدد الثاني. ص 318).

(3) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية - قرار صادر بتاريخ 2008/03/12 ملف رقم 402333- (المجلة القضائية لسنة 2008. العدد الأول. ص 258 و 261).

واحد من دون تحديد لمغزى هذه الزيادة الزمنية بشهر واحد، وهذا يعد تناقضا بين النصوص الاجتهادية للمحكمة العليا في هذا الشأن.

لقد أثبتت الوقائع الحياتية بخصوص قضايا الطلاق الواقعة بين الأزواج، أنّ الزوج قد لا يرفع دعوى الطلاق مباشرة بعد ترك زوجته بيت الزوجية أو إرسالها لبيت أهلها، بل قد يرفعها بعد مدة طويلة، وفي خلال هذه المدة يعدّ مهملًا في نظر القانون وفقا للاجتهاد القضائي الذي نصّ على: "...حيث طالما أنّ الطّاعن يقرّ من خلال وقائع القضية بأنّ زوجته كانت خارج بيت الزوجية منذ 2004/06/28 نتيجة للنزاع الذي نشب بينهما، فإنّه يبقى أمام هذه الحالة ملزما بالإنفاق عليها، لكونها مازالت في عصمته وتبقى هي محقّة في أن ينفق عليها زوجه (الطّاعن) طالما لا وجود لحكم نشوزها كما برّر ذلك قضاة الموضوع وهو تبرير سليم..."⁽¹⁾، وعلى هذا الأساس يجب انطلاق فترة حساب نفقة الإهمال بداية من مغادرة الزوجة بيت الزوجية، والتحاقها ببيت أهلها في صورة ما فعلت ذلك، وليس من تاريخ رفع الدّعى، لأنّها قد تبقى مدة طويلة بدون نفقة، راجية من الزوج عدم طلاقها ومانحة فرصة له لإعادتها لبيت الزوجية، وهو الأمر المعمول به في المحاكم أي بداية حساب فترة نفقة الإهمال بداية من تاريخ خروج الزوجة من بيت الزوجية لغاية صدور الحكم بالطلاق.

كما جاء تعديل قانون الإجراءات الجزائية بتعديل يخصّ إمكانية التنازل عن المتابعة الجزائية في حقّ المكلّف بالنفقة من خلال الصلح وذلك بموجب المادة 37 مكرّر التي نصّت على: "يمكن أن تطبق الوساطة في مواد الجنع على جرائم السّب والقذف والاعتداء على الحياة الخاصة والتهديد والوشاية الكاذبة وترك الأسرة والامتناع العمدي عن تقديم النفقة وعد تسليم الطّفل والاستيلاء بطريق الغش على أموال الإرث قبل قسمتها..."

بالرجوع إلى اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة فإنّها لم تُشر صراحة إلى استحقاق المرأة إلى نفقة إهمال بسبب تقاعس الزوج في أداء واجبه المنوط به تجاهها وتجاه أولاده، على اعتبار أنّ اهتمامها مُركّز حول المساواة بين الجنسين، وما قد يترتب عن ذلك من مضرة للمرأة، على العكس من التشريع الأسري الجزائري الذي منح المطلقة نفقة بسبب تقصير الزوج في القيام بواجبه المنوط به، باعتباره المسؤول الأول على الأسرة، بل وتشدّد في هذا الأمر إلى حدّ فرض عقوبات ردعية تصل إلى الحبس والغرامة المالية في حقّ الزوج المُهمّل مع تعدد حالات الإهمال، وهو الأمر الذي لا وجود له في نصّ الاتفاقية العام والمجرد من أي بعد أسري يهدف للحفاظ على تماسك الأسرة.

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية – قرار صادر بتاريخ 2008/11/12 ملف رقم 466390 – (المجلة القضائية لسنة 2008. العدد الثاني. ص 319).

لقد راعى المشرع الجزائري البعد الدولي من خلال مُراعاة ما نصّت عليه اتفاقية حقوق الطفل⁽¹⁾ بضرورة الحرص على عدم إساءة الوالدين للأطفال، من كلّ المناحي، وهو ما شملته المادة التاسعة بنصّها على: "تضمن الدول الأطراف عدم فصل الطفل عن والديه على كره منهما، إلّا عندما تُقرّر السلطات المختصة، رهنا بإجراء إعادة نظر قضائية، وفقا للقوانين والإجراءات المعمول بها، أن هذا الفصل ضروري لصون مصالح الطفل الفضلى . وقد يلزم مثل هذا القرار في حالة معينة مثل حالة إساءة الوالدين معاملة الطفل أو إهمالهما له، أو عندما يعيش الوالدان منفصلين ويتعين اتخاذ قرار بشأن محل إقامة الطفل".

وفي نفس السياق ينبغي وضع جميع التدابير التشريعية وغيرها لحماية الطفل من الإهمال وإساءة المعاملة وضرورة التبليغ عنها، وهو ما شملته المادة 19 بنصّها على: "1. تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير التشريعية والإدارية والاجتماعية والتعليمية الملائمة لحماية الطفل من كافة أشكال العنف أو الضّرر أو الإساءة البدنية أو العقلية والإهمال أو المعاملة المنطوية على إهمال، وإساءة المعاملة أو الاستغلال، بما في ذلك الإساءة الجنسية، وهو في رعاية الوالد (الوالدين) أو الوصي القانوني (الأوصياء القانونيين) عليه، أو أي شخص آخر يتعهد الطفل برعايته.

2. ينبغي أن تشمل هذه التدابير الوقائية، حسب الاقتضاء، إجراءات فعالة لوضع برامج اجتماعية لتوفير الدّعم اللازم للطفل ولأولئك الذين يتعهدون الطفل برعايتهم، وكذلك للأشكال الأخرى من الوقاية، ولتحديد حالات إساءة مُعاملة الطفل المذكورة حتى الآن والإبلاغ عنها والإحالة بشأنها والتّحقيق فيها ومعالجتها ومتابعتها وكذلك لتدخل القضاء حسب الاقتضاء"⁽²⁾.

كما تأثر المشرع الجزائري بذلك وسنّ قانونا يتعلّق بحماية الطّفل⁽³⁾، حيث أوضحت المادة الثانية منه على أنّ الطفل قد يكون في خطر لا سيما إذا فقد والديه وبقي بدون سند عائلي، أو تعريضه للإهمال أو التشرد، وتقع على الوالدين مسؤولية حمايته.

3- دور قانون صندوق النفقة في حماية نفقة العدة وإهمال وإجراءات الاستفادة.

أضاف المشرع الجزائري قانونا يضمن حقّ المطلقات بخصوص النفقة، وهو القانون رقم (15- 01) المؤرخ في 4 يناير 2015 والمتضمّن إنشاء صندوق النفقة، وجاء هذا القانون في ظلّ تجاذبات عديدة بين مؤيّد ومعارض له، حيث يرى مؤيّدوه أنّه انتصار للمرأة المطلقة التي هي رهينة نفقة الرّجل الذي طلقها لا سيما إذا تهرّب من نفقتها، وهو الأمر الذي يدفعها للبحث عن مصدر عيشها وأولادها بشقّ الطّرق؛ فكان هذا القانون

(1) مرسوم رئاسي رقم (92-461) يتضمّن المصادقة، مع التّصريحات التّفسيرية، على اتفاقية حقوق الطفل التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتّحدة بتاريخ 20 نوفمبر 1989، الصّادر في 19 ديسمبر 1992، (الجريدة الرسمية، رقم 91 الصادرة بتاريخ 23 ديسمبر 1992) 2318.

(2) الأمم المتّحدة، اتفاقية حقوق الطّفل، اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتّحدة 25/44 المؤرّخ في 20 نوفمبر 1989، ص.8.

(3) القانون رقم (15-12) المتعلق بحماية الطّفل الصّادر في 15 يوليو 2015، (الجريدة الرسمية، رقم 39 الصادرة بتاريخ 19 يوليو 2015).

المُنجد لها على أساس أنّ الدولة تدفع لها النفقة المحكوم بها قضائيا وتصبح الدولة دائنة للرجل المدين بالنفقة.

بينما رأى معارضوه بأنه تشجيع ضمني للزوجات على الخروج عن طاعة الأزواج، والسعي للطلاق، لا سيما بطريق الخلع وبالتآلي ضمان مورد النفقة لها وأولادها من طرف الدولة.

حدّدت المادة الأولى من هذا القانون الهدف من إنشائه بنصّها على: "يهدف هذا القانون إلى إنشاء صندوق النفقة وتحديد إجراءات الاستفادة من مستحقّاته المالية"⁽¹⁾، وتضمّنت المادة الثانية من هذا القانون إطارا مفاهيميا لمختلف المصطلحات الواردة في هذا القانون ونصّت على المقصود بالنفقة: "النفقة المحكوم بها وفقا لأحكام قانون الأسرة لصالح الطّفل أو الأطفال المحضونين بعد طلاق الوالدين، وكذلك النفقة المحكوم بها مؤقتا لصالح الطّفل أو الأطفال في حالة رفع دعوى الطّلاق والنفقة المحكوم بها للمرأة المطلّقة"، فمن خلال هذه المادة يتّضح أن النفقة المقصود بها، تشمل فقط النفقة المخصّصة لحضانة الولد بعد طلاق الوالدين، وأيضا النفقة المخصّصة للمطلّقة، وهذا الإطار يكتنفه الغموض حول المقصود بذلك، ويمكن إدراج نفقة العدة والإهمال في نطاق هذه النفقة، فضلا على أنّ المشرّع قد حصر الاستفادة من صندوق النفقة للمرأة المطلّقة فقط، وبالتالي استثنى النفقة المحكوم بها للزّوجة خلال العلاقة الزوجية جزاء عدم إنفاق الزّوج عليها، وهو ما يُعتبر تنصّلا حقيقيا من الصّندوق في التّكفل بهذه الفئة، وقصره على المطلّقات، وفي ذلك تلميح إلى أنّ المرأة إذا أرادت الاستفادة من الصّندوق فعليها أن تكون مطلّقة، ويتأكّد هذا الطّرح من خلال تحديد هذا القانون للمستفيدين منه من خلال: "المستفيد أو الدّائن بالنفقة: الطّفل أو الأطفال المحضونون ممثّلين من قبل المرأة الحاضنة في مفهوم قانون الأسرة، وكذا المرأة المطلّقة المحكوم لها بالنفقة".

هذا وجاءت المادة الثالثة من القانون مبينة سبب تحمّل الصّندوق للنفقة المحكوم بها قضائيا، وفقا لما يلي: "يتم دفع المستحقّات المالية للمستفيد، إذا تعذّر التنفيذ الكلّي أو الجزئي للأمر أو الحكم القضائي المحدّد لمبلغ النفقة، بسبب امتناع المدين بها عن الدّفع أو عجزه عن ذلك أولعدم معرفة محل إقامته"، وكأنّ المشرّع لم تكفه الإجراءات الرّدعية المنصوص عليها في المادة 331 من قانون العقوبات التي تضمّنت الحبس من ستة(06) أشهر إلى ثلاث(03) سنوات وبغرامة تتراوح بين 50.000 دينار جزائري إلى 300.000 دينار جزائري للمتقاعس عن أداء النفقة المحكوم بها، خاصّة أنّ المشرّع قد أبقى المتابعة القضائية سارية في حقّ المدين بالنفقة وفقا للمادة 13 من هذا القانون بنصّها على: "لا تحول الاستفادة من أحكام هذا القانون دون المتابعة القضائية للمدين عن جريمة عدم دفع النفقة المنصوص والمعاقب عليها في قانون العقوبات"، علما أنّ مفهوم النفقة المنصوص عليه في قانون العقوبات يشمل أيضا النفقة الزوجية، أي المفروضة حال قيام

(1) القانون رقم (01-15) المتضمن إنشاء صندوق النفقة الصادر في 04 يناير 2015، (الجريدة الرسمية، رقم 01 الصادرة بتاريخ 07 يناير 2015)، ص 7.

الزّوجية و ليست فقط المقتصرة على آثار الطّلاق، والغريب أنّ المشرّع قد ساوى بين الممتنع عن الدّفع، والعاجز عن ذلك، وكذا المدين غير معروف الموطن.

بالإضافة إلى تضمين القانون إجراءات قضائية وزمنية للاستفادة من هذا الصّندوق، الذي يتكفل حصريا بدفع نفقة المطلقة بدون حصر أو تحديد لهذه النّفقات، غير أنّ الممارسة القضائية ومن خلال الأحكام القضائية النّازمة لمسائل الطّلاق وما يترتّب عن ذلك من آثار مالية، تقتضي تغطيته لنفقة العدة والإهمال للمطلقة، فضلا عن نفقة الولد المحضون.

بحسب المادة الخامسة من القانون، يتولى قاضي شؤون الأسرة المختص إقليميا بالبت في طلب الاستفادة من المستحقّات المالية بموجب أمر ولائي غير قابل للطّعن في ظرف خمسة أيام من تلقّي الطلب، على أن يبلغ هذا الأمر عن طريق أمانة الضّبط إلى الدّائن والمدين بالنّفقة في أجل أقصاه (48) ساعة من تاريخ صدوره، ويتولى أيضا القاضي الفصل في أيّ إشكال يتعلّق بالإشكالات التي تعترض الاستفادة من هذه المستحقّات، بأمر ولائي أيضا في غضون ثلاثة أيام من تاريخ الإخطار بوقوع الإشكال في الاستفادة.

هذا وحدّد القانون بموجب المادة السّادسة منه أجل استفادة الدّائن من النّفقة بخمسة وعشرين يوما من تاريخ تبليغ الأمر بالاستفادة، من قبل المصالح المختصة عن طريق تحويل بنكي أو بريدي، وتستمر هذه الاستفادة شهريا مالم يسقط الحقّ في الاستفادة منها، ويكون دفع هذه الأموال بعد ثبوت عدم تأدية النّفقة من طرف المدين بها، ويكون ذلك بموجب محضر معاينة قد حرّره محضر قضائي.

وتخضع المبالغ المدفوعة للتّحيين مراعاة لتغيّر طلبات المدينين والدّائنين بها، وفقا للمادة السّابعة، حيث يتولّى الدّائن أو المدين بها التّصريح بتغيّر الحالة الاجتماعية أو القانونية في ظرف عشرة أيّام من تاريخ حدوث التّغيير، ويفصل في ذلك القاضي المختص في غضون 48 ساعة ويبلغ ذلك الأمر للدّائن والمدين.

تتولّى الخزينة العمومية تحصيل الأموال من المدينين بالنّفقة، بموجب أمر تصدره المصالح المختصة، ويسهر أمين الخزينة على هذه المهمّة تماشيا مع المادة التاسعة، وتتكوّن موارد هذا الصّندوق من عدّة مصادر كمساهمة الدّولة، ومبالغ المدينين وأيضا بعض الرّسوم التي سوف تنشأ بهذا الخصوص، فضلا عن التبرّعات وغيرها.

المبحث الثاني: الأحكام المالية لانحلال الرّابطة الزّوجية الخاصّة بالمطلق في قانون الأسرة الجزائري.

لا تقتصر الآثار المالية على المطلقة فحسب، بل يمكن أن تشمل بقية أفراد الأسرة بما في ذلك المطلق من خلال استحقاقه للتّعويض في حال ثبوت نشوز من طلقها، أو ارتكابها لجريمة الخيانة الزّوجية، فضلا على حقّه في بدل الخلع، وعلى هذا يمكن التّفصيل في هذه الجزئية وفقا للتّفصيل التّالي:

المطلب الأول: استحقاق التّعويض جرّاء الطّلاق المبرّر.

المطلب الثاني: استحقاق بدل الخلع.

المطلب الأول: استحقاق التعويض جزاء الطلاق المبّرر.

يمكن أن يُقدم الزوج على طلاق زوجته بإرادته المنفردة لسبب جدّي يراه كذلك، وتنتفي معه الحياة الزوجية، ولا يتحمّل التعويض جزاء طلاقه، بل يمكنه أن يطلب التعويض جزاء ما أصابه من ضرر ناتج عن هذا الطلاق، ومن صور ذلك نشوز الزوجة، أو الطلاق بسبب خيانتها، وهو ما سيتمّ التفصيل فيه كما يلي:

الفرع الأول: استحقاق المطلق للتعويض جزاء نشوز الزوجة.

الفرع الثاني: استحقاق المطلق للتعويض جزاء الخيانة الزوجية.

الفرع الأول: استحقاق المطلق للتعويض جزاء نشوز الزوجة.

قد يحدث وأن يرفع الزوج دعوى الطلاق بإرادته المنفردة، بسبب نشوز الزوجة ويطلب التعويض نتيجة ذلك وفقا لنصّ المادة 55 من قانون الأسرة التي نصّت على: "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر"، وعلى هذا الأساس ينبغي التطرّق لتعريف النّشوز الصّادر من الزّوجة وجميع التفاصيل المتعلقة به كما يلي:

أولاً: تعريف النّشوز.

يُعَدّ النّشوز وجها من أوجه الخلافات التي تعيشها الأسرة النووية، وقد يكون صادرا من الزوج أو من الزوجة، ولذلك سيتمّ تبين معناه من الناحية اللغوية والاصطلاحية.

1- تعريف النّشوز في اللغة.

النّشوز في اللغة من نَشَرَ، باللغة الفرنسية (Recalcitrance)⁽¹⁾، والانجليزية (Unlawful desertion)⁽²⁾، فالنّشز هو المكان المرتفع، والمرأة تنشُر، وتنشُرُ نَشوزا، استعصت على زوجها، وأبغضته⁽³⁾، ونشز الشّيء، ارتفع، ويقال نشزت إلى نفسي، جاشت من الفزع، وفلان على نشز من الأرض، بمعنى ارتفع عنه ونهض، والمرأة أو الرجل بالزوج: استعصى وأساء العشرة، وأنشز الشّيء بمعنى رفعه من مكانه⁽⁴⁾، وكذلك نشز الزوج على زوجته بمعنى ضربها وجفاها⁽⁵⁾.

من خلال التّفريعات اللّغوية لمعنى النّشوز يتّضح انصرافها إلى معنى العلوّ والارتفاع في إشارة إلى تعالي الزّوجة عن زوجها ومعصيته.

2- تعريف النّشوز في الاصطلاح.

وردت العديد من التعريفات في شأن النّشوز، ويقصد به معصية الزّوجة لزوجها ممّا أوجبه له النّكاح،

(1) روجي البعلبكي. المورد قاموس عربي- إنكليزي. ص 1173.

(2) محمد رواس قلعة جي؛ حامد صادق قنبي. معجم لغة الفقهاء. ص 481.

(3) الفيروزآبادي. القاموس المحيط. ص 104.

(4) إبراهيم مصطفى وآخرون. المعجم الوسيط. ص 922.

(5) الرازي. مختار الصحاح. ص 373.

فسمّيت ناشزا لامتناعها منه من فراش أو خروج بدون إذن أو امتناع عن الانتقال إلى مسكن أو السفر معه⁽¹⁾، من خلال هذا التعريف يتّضح خروج الزوجة عن النطاق العادي، وهو طاعة الزوج، من خلال الإقدام على مجافاته ومعصيته بالعديد من الأفعال.

كما عرّف النّشوز على أنّه معصية المرأة لزوجها فيما له عليها مما أوجبه له عقد الزواج⁽²⁾، فيتّضح من خلال هذا التعريف أنّ النّشوز مُرتبط بمعصية الزوجة لزوجها في ما هو مفروض عليها بموجب عقد الزواج، ويجب مراعاة النّطاق الشرعي، إذ لا يمكن التدرّع بالمعصية إذا لم تُخالف الشرع.

ثانياً: صور النّشوز.

يمكن للنّشوز انطلاقاً من معناه العامّ أن ينصبّ على العديد من الأوجه التي تجعل من الزوجة خارجة عن طاعة زوجها، ويمكن الاستدلال ببعض الحالات كما يلي:

1- الامتناع من الانتقال إلى بيت الزوج بدون وجه حق، ولا مبرّر شرعي، وهو أحد حالات النّشوز شرط أن يكون المسكن لائقاً للحياة الزوجية، كأن يكون مستقلاً وخصوصاً بها لوحدها، أو عبارة عن غرفة داخل شقّة ويكون معها والدا الزوج بحسب عرف الناس وتراضي الزوجين⁽³⁾، ولقد تضمّن قانون الأسرة قبل التعديل مسألة النّشوز كباعث جدّي مُسقطٍ للنّفقة الزوجية من خلال المادة 37⁽⁴⁾.

2- الخروج من بيت الزوجية بدون مبرّر شرعي بعد الانتقال إليه، مع استمرارها خارجة مدّة طالت أو قصرت، متى كان خروجها بغير إذن زوجها، إلّا إذا كان خروجها مبرّراً شرعياً، كأن يكون السّكن غير معدّ كما ينبغي.

3- إقامة الزوج معها في بيتها بإذنها، ثمّ تمنعه من الدّخول، ولم تطلب منه الانتقال لمسكن آخر، ولم تمنحه مدّة لذلك، على العكس من أنّها لو طلبت منه نقلها لمسكن آخر يملكه أو يستأجره، ومضت المدّة الكافية للانتقال، ولم ينقلها، وبعد ذلك منعه من الدّخول لبيتها، فليست ناشزة⁽⁵⁾.

4- سفر الزوجة وحدها بلا إذنه، أو إحرامها بالحج بغير إذنه، إلّا لضرورة، كالخوف من تهدّم البيت أو تخرج لزيارة بيت أبيها أو لعيادة، فخروجها ليس نشوزاً⁽⁶⁾.

5- ممارسة الزوجة لحرفة بدون رضا زوجها، لا سيما إذا كان عملها خارج البيت وطلب منها عدم الاشتغال ولم تمتثل، فهي ناشزة، حتى لو وافق في أول الأمر ثمّ عدل عن ذلك⁽⁷⁾.

(1) ابن قدامة المغني ج 9 ص 296.

(2) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 96.

(3) الرشيد بن شويخ. شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل. ص 152.

(4) نصّت المادة 37 من قانون الأسرة قبل التعديل على: "يجب على الزوج نحو زوجته: 1- التّفقة الشّرعية حسب وسعه إلّا إذا ثبت نشوزها".

(5) بدران أبو العينين بدران. الفقه المقارن للأحوال الشّخصيّة. دار النّهضة العربيّة، بيروت، لبنان، 1967. ج 1 ص 239.

(6) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 97.

(7) بدران أبو العينين بدران. الفقه المقارن للأحوال الشّخصيّة. ج 1 ص 241.

ثالثا: أثر النشوز على التعويض في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج.

يُعدّ النشوز من بين أهمّ الأسباب التي قد تؤديّ إلى حلّ الرابطة الزوجية، فتضمّنه المشرّع الجزائري من خلال المادة 52 بتحميله الزوج المتعسف في إيقاع الطلاق متى كان متعسفا، حيث نصّت على: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"، فإذا لم يبرّر الزوج طلاقه، أو أنّ طلاقه كان بغرض الإضرار، فإنّه يتحمّل المسؤولية عن طريق الحكم عليه بالتعويض، مع العلم أنّ معظم الأحكام الصادرة في هذا الشأن، تحمّل الزوج التعويض عن طلاقه الصّادر بإرادته المنفردة.

لكن قد يصدر النشوز من الزوجة، ويدفع ذلك الزوج إلى طلب إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، ويصبح غير متعسف، لأنّ طلاقه مبرّر، بل يمكن أن يحصل على التعويض، وهو ما أشارت إليه المادة 55 من قانون الأسرة التي نصّت على: "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر"، فجاءت صياغة المادة عامّة وغير محدّدة لجنس المتعسف، وعلى هذا الأساس يمكن للزوج أن يطالب بالتعويض.

فإذا خرجت الزوجة عن طاعة زوجها بلا مبرّر، أمكن له أن يطلقها، ومن الناحية القانونية لا يعتبر الزوج أو الزوجة في حالة نشوز إلا إذا كان أحدهما خارج بيت الزوجيّة، ويطلب منها أو منه الرجوع، فيمتنع، فيصدر الحكم بالنشوز وبالتعويض للطرف المتضرر، ومردّد ذلك في اشتراط كون الطرف الناشز خارج بيت الزوجية، وبخاصة الزوجة هو لمقتضيات الإثبات⁽¹⁾.

يلاحظ على المستوى التشريعي من خلال نصّ قانون الأسرة، ضالة المواد التي بيّنت إمكانية حصول الزوج على التعويض عن طلاقه المبرّر المستند إلى نشوز زوجته، وقد اهتمّت المحكمة العليا بهذه الفكرة، وأصدرت العديد من هذه القرارات في هذا الشأن.

ففي صورة ما تسبّبت الزوجة بنشوزها في إحداث ضرر لزوجها، فإنّها ملزمة بالتعويض، ولا سيما إذا طلبت التّطليق، ولم تسبّب طلبها، وتضرّر الزوج من ذلك، وهو ما شمله القرار الذي نصّ على: "حيث أنّ مثل هذا التعليل لا يمكن الاعتماد عليه، ذلك أنّ الزوجة هي التي طلبت التّطليق أمام محكمة برج بوعريّج فقد جاء في حيثيّات الحكم: "أنّ نشوز الزوجة المدّعية بات واضحا وهذا بإصرارها على طلب التّطليق..."، وحيث أنّه لا يوجد للزوجة المطلقة أيّ سبب واضح ألجأها إلى طلب التّطليق، وهذا سببا كافيا إذ أنّ الزوج لم يلحق بها أيّ ضرر يخولها طلب التّطليق، وعليه فإنّ الزوج مُتضرّر من هذا الطلاق وغير متسبّب فيه، ويتبيّن ممّا تقدّم أنّ قضاة الموضوع أخطأوا في تطبيق القانون، وخاصّة المادة 55 من قانون الأسرة فيما يتعلّق بالتعويض حين قرّروا أنّ الضرر في الطلاق يكون للزوجة وحدها..."⁽²⁾، يتّضح من خلال هذا القرار مدى الخطأ الذي وقع فيه القضاة بجعلهم التعويض حصريّا للمطلقة، وهو ما جعل قرارهم محلّ نقض، خاصّة وأنّه اتّضح من خلال حيثيّات القضية أنّ المطلقة هي التي تسبّبت في الإضرار بالمطلق وليس العكس، لأنّها لم

(1) رشيد بن شويخ. شرح قانون الأسرة الجزائري المعدّل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية. ص 215.

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1993/04/27 ملف رقم 90947 - (المجلة القضائية لسنة 1994.

العدد الثاني . ص 74).

تسبب كفاية طلبها في التّطليق، ما أضرّ بالطرف الآخر، الذي ثبت كذلك عدم إضراره بها، فقوّمت المحكمة العليا المسألة بتحميلها المطلقة المسؤولية عن التعويض من خلال إثبات نشوزها، وهو ما يعدّ ترجمة لفحوى المادة 55.

رابعاً: المُرعى في تقدير نشوز الزّوجة والحكم عليها بالتّعويض.

إنّ الشرط الأساسي الذي تقتضيه المادة 55 من قانون الأسرة الجزائري في حصول المطلق على التعويض هو نشوز المطلقة، ولا يتأتّى ذلك إلّا من خلال بعض الإجراءات الواجب مراعاتها وفقاً لما يلي:

1- إجراءات إثبات نشوز الزوجة.

إذا تحقّق نشوز الزّوجة وفقاً ما يدّعيه الزّوج وجب عليه أن يسعى إلى استصدار حكم بالرجوع إلى بيت الزوجيّة حائز لقوّة الشيء المقضي به، ويكون ذلك بموجب رفع دعوى الرجوع أمام قسم شؤون الأسرة المختصّ نوعياً لنظر هذه الدّعوى، وفقاً لنصّ المادة 423 من قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة في فقرتها الأولى بنصّها على: "ينظر قسم شؤون الأسرة، على الخصوص في الدعاوى الآتية: 1- الدّعاوى المتعلقة بالخطبة والزّواج والرجوع إلى بيت الزوجيّة وانحلال الرابطة الزوجيّة وتوابعها حسب الحالات والشّروط المذكورة في قانون الأسرة..."، ويكون رفع هذه الدّعوى أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان وجود بيت الزوجيّة، وهو ما أشارت إليه المادة 426 من قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة في الفقرة الثالثة حيث نصّت على: "تكون المحكمة مختصّة إقليميّاً: 3- في موضوع الطّلاق أو الرجوع بمكان وجود المسكن الزوجي".

وبعد استكمال إجراء رفع الدّعوى أمام المحكمة المختصّة نوعيّاً وإقليميّاً يجب أن يبلغها تبليغاً رسمياً بميعاد انعقاد الجلسة عن طريق المحضر القضائي، وبعد صدور الحكم وصيرورته نهائيّاً يبلغها به عن طريق المحضر القضائي، وتمتنع عن التّنفيذ بموجب محضر رسمي، محرّر من طرف المحضر القضائي، فعند مراعاة ذلك لا يعني أنّها ناشز من منظور قانوني، وهو ما جسّده اجتهاد قضائي بنصّه على: "إنّ المبدأ الذي استقرّ عليه الاجتهاد القضائي أنّ الزّوجة لا تعتبر في حالة النّشوز إلّا إذا صدر عليها حكم الرجوع ونقذ بصفة قانونيّة بعدما أصبح نهائيّاً ولم تمتثل لذلك القضاء"⁽¹⁾.

كما أنّ مجرد خروج الزّوجة من بيت الزوجيّة لا يُعدّ نشوزاً وفقاً للنّص الاجتهادي التّالي: "من المقرّر قضاء بأنّ الزّوجة لا تعدّ ناشزاً بمجرد مغادرة محلّ الزوجيّة، وبالتالي تستحقّ نفقة الإهمال. وعليه فالقرار لم يخالف قواعد الفقه فيما يتعلّق بالطلاق والإثبات"⁽²⁾.

(1) العربي بلحاج. قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02/05 ومعلّقاً عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة 1966-2006. ص 294. (أنظر: المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصيّة - قرار غير منشور مؤرخ في 1986/02/24 ملف رقم 39941-).

(2) العربي بلحاج. المرجع نفسه. ص 293. (أنظر: المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصيّة - قرار غير منشور مؤرخ في 1986/01/13 ملف رقم 39025-).

فضلا على أنّ رفض الزوجة العودة لبيت الزوجية، بسبب تعرضها للإهانة من طرف الزوج لا يعدّ نشوزا وفقا للاجتهاد التالي: "إنّ امتناع الزوجة عن الرجوع إلى بيت الزوجية بعد إهانتها من الزوج لا يعتبر نشوزا"⁽¹⁾، ويظلّ الزوج مُلزما بنفقتها حتى ولو كانت في بيت أهلها، فتوقّفه عن دفع نفقتها منوط بسقوطها بناء على عدم امتثالها لحكم الرجوع لبيت الزوجية والحكم عليها بأنّها ناشزة.

وبعد ثبوت نشوزها يمكنه رفع دعوى الطلاق المبرّر، وفقا للإجراءات القانونية، ومراعاة للاختصاص القضائي طبقا للمادتين 423 و426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والذي يمكنه من طلب الحصول على التّعويض عن نشوزها، فعدم مراعاة هذه الإجراءات تحول دون حصوله على التّعويض، وهو ما نصّ عليه قرار المحكمة العليا التالي: "حيث أنّ القرار المطعون فيه قضى بتأييد الحكم المستأنف فيما يخصّ مسؤولية الطلاق على أساس أنّ الطّاعن هو الذي تمسّك بالطلاق، بحجّة أنّ زوجته ناشزاً، لكنّه لم يقدّم أيّ محضر بالنشوز لتبرير ذلك، مع العلم أنّ النشوز يثبت بموجب محضر امتناع عن الرجوع وهذا بعد تنفيذ حكمٍ يقضي بالرجوع، ممّا يجعل الوجه غير مؤسّس، الأمر الذي يتعيّن معه رفض الطّعن..."⁽²⁾.

فعليه إعطاءها مدّة زمنيّة معيّنة بعد تبليغها بحكم الرجوع إلى بيت الزوجية، وهو ما تضمّنه قرار المحكمة العليا الذي نصّ على: "حيث أنّ القرار المُنتقد مؤسّس وسليم وطبّق صحيح القانون، ذلك لأنّه كان على الطّاعن قبل كلّ شيء العمل على تنفيذ الحكم القاضي بالرجوع، وإعطاء مهلة للمحكوم عليها للإنصياع لهذا الحكم اختياريّاً، وبعد مرور المدّة الاختيارية هذه ينتقل المحضر القضائي إلى مكان إقامة المحكوم عليها ويُخبرها بالحكم الصّادر ضدها بالرجوع إلى منزل الزوجية، وفي هذه الحالة إذا صرّحت أمامه بأنّها ترفض الرجوع وبالتالي فهي ترفض ما قضى به الحكم القضائي النهائي، ففي هذه الحالة فقط تعدّ المطعون ضدها ناشزاً، غير أنّ الطّاعن لم يحترم تلك الإجراءات ولم يتّبعها..."⁽³⁾، فينبغي التدرّج في احترام الإجراءات أولاً بأول قبل المطالبة القضائية بالتّعويض على أساس نشوز المطلّقة.

2- أهميّة توفير مسكن مستقلّ للزوجة في إثبات نشوزها.

إنّ عدم توفير سكن لائق للزوجة ليس مبرّراً لاعتبارها ناشزاً، وهو ما شمله قرار المحكمة العليا الذي نصّ على: "لكن حيث بالرجوع إلى محضر الامتناع المُشار إليه والمؤرّخ في 19 أفريل 2008، لا يتبيّن منه بأنّ الطّاعن وقرّلزوجته المسكن المستقلّ أثاثاً ومضجعا عن أهل الزوج وفق مقتضيات القرار المؤرّخ في 27 فيفري 2008،

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار مؤرّخ في 19/05/1998 ملف رقم 189324 - (المجلة القضائية. عدد خاص. ص 147).

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 12/10/2005 ملف رقم 339353 - (النشرة القضائية لسنة 2008. العدد 63. ص 341).

(3) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والموارث - قرار صادر بتاريخ 14/01/2009 ملف رقم 47687 - (المجلة القضائية لسنة 2009. العدد الأول. ص 263).

وأن استخلاص حالة النشوز من عدمها من هذا المحضر يؤول إلى السلطة التقديرية لقضاة الموضوع...⁽¹⁾.
 فقبل الادعاء بنشوز الزوجة، على الزوج توفير السكن اللائق، وأن تتم الإشارة إلى ذلك في محضر الامتناع،
 لأنه بانتفاء السكن الذي تراعى فيه المعايير العامة، وامتناع الزوجة عن الالتحاق به، فذلك ليس من قبيل
 النشوز وهو ما وضحه قرار المحكمة العليا الذي نصّ على: "لكن حيث أنّه من الشروط الواجب توافرها
 لاعتبار الزوجة ناشزا ويسقط حقها في النفقة وفي التعويض عن الطلاق، أن تمتنع عن الامتناع لتنفيذ حكم
 الرجوع بدون مبرر شرعي، وأن يستعمل الزوج في ذلك الطرق الودية من السعي إليها وتوفير المسكن اللائق
 المحكوم به قضاء، وأن يتضمن كل ذلك محضر الامتناع المحرر من طرف المحضر القضائي، بتاريخ 22 أفريل
 2009، يتبين وأنه جاء خاليا من ما يفيد توفير السكن اللائق، واكتفى فقط بإيراد عدم الاستجابة وعدم
 الامتناع باعتبار أنّ المطعون ضدها قدّمت محضر معاينة مرفقا بصور يؤكد أنّ المسكن الذي هيأه الطّاعن
 غير لائق خاصّة منه التوافذ والأبواب غير الصّالحة للاستعمال، ومن ثمّ فإنّ قضاة المجلس مارسوا سلطتهم
 التقديرية وانتهوا بما لهم من ولاية في فحص النزاع إلى انعدام حالة النشوز..."⁽²⁾.

فاشترطت الزوجة على زوجها بضرورة توفير سكن لائق، كشرط لرجوعها لا يعدّ نشوزا وهو ما ترجمه قرار
 المحكمة العليا الذي نصّ على: "لكن حيث أنّ القرار المطعون فيه ذكر أنّه لا يوجد بالملف ما يثبت أنّ الزوج
 وقرّ لزوجه سكنا منفردا ومستقلا عن أهله، وأنّه لم يسع في تنفيذ الحكم المؤرخ في 10-02-1997، وبذلك
 فإنّ الزوجة لما طلبت من خلال إندارها من طرف المحضر القضائي بأنّها مُستعدّة للرجوع شرط أن يوفّر لها
 الزوج مسكنا منفردا بعيدا عن أهله لا تعدّ ناشزا..."⁽³⁾.

فضلا على أنّ طاعة الزوجة لزوجها لا تتنافى مع مطالبتها بضرورة توفير مسكن مستقلّ لها، وأنّ ذلك ليس
 من قبيل النشوز، وهو ما ترجمه القرار الذي نصّ على: "حيث أنّ الطّاعة الواجبة على الزوجة لزوجها لا تتنافى
 مع حقها في السكن المستقل"⁽⁴⁾.

من خلال التفاصيل التي تضمّنتها قرارات المحكمة العليا يمكن تبين أهمّ الشروط الواجب مراعاتها،
 لاعتبار الزوجة ناشزا، وبالتالي إمكانية تطبيق أحكام المادة 55 من قانون الأسرة التي تجيز للزوج المطالبة
 بالطلاق، والحكم له بالتعويض:

أ- خروج الزوجة من بيت الزوجية بدون إذن زوجها وبدون مبرر شرعي جدّي يستدعي تركها بيتها.

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والموارث- قرار صادر بتاريخ 10/11/2012 ملف رقم 653323- (المجلة القضائية لسنة 2012. العدد الثاني. ص 237).

(2) لحسين بن شيخ آث ملويا. المُرشد في قانون الأسرة. ص 190 و 191. (أنظر: المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والموارث- قرار غير منشور صادر بتاريخ 13/12/2012 ملف رقم 1599-12).

(3) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والموارث- قرار صادر بتاريخ 06/02/1999 ملف رقم 213669- (المجلة القضائية لسنة 2001. عدد خاص . ص 220).

(4) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والموارث- قرار صادر بتاريخ 16/02/1999 ملف رقم 218754- (المجلة القضائية لسنة 2001. عدد خاص . ص 223).

ب- صدور حكم حائز لقوة الشيء المقضي فيه، وتبليغه إياها عن طريق المحضر القضائي.

ج- رفض الزوجة الرجوع إلى بيت الزوجية، ويكون ذلك مثبتا عن طريق محضر الامتناع الذي يحزره المحضر القضائي، مع ضرورة الإشارة إلى توفير الزوج للسكن الملائم.

د- رفع دعوى الطلاق بسبب النشوز وإدراج طلب بالتعويض على أساس الطلاق المبرر.

خامسا: دور القضاء في الحكم بالتعويض بسبب النشوز.

يقتضي القانون الحكم للزوج المطالب بالطلاق لثبوت نشوز الزوجة، بالطلاق زيادة على التعويض، فإذا لم يثبت نشوزها فلا يستحقه، ومن خلال فحص بعض قرارات المحكمة العليا يتضح ذلك، ولا سيما القرار الذي نصّ على: "حيث أنّ نشوز الزوجة يقتضي امتناعها عن الرجوع إلى البيت الزوجي الموقر لها مسبقا من طرف الزوج، والمحكوم عليها بالرجوع إليه. وحيث قد ثبت من القرار المطعون ضده أنّ الزوج المطعون ضده لم يكن قد وقرّ البيت الزوجي للطّاعة، وإنّما كان مقيما عندها في بيت أهلها، ومن ثمة فلا يُعقل نشوز الزوجة الطّاعة وهي تُقيم بمسكن أهلها، ومن ثمّ فإنّ قضاة المجلس بمصادقتهم على الحكم المُستأنف القاضي بحرمانها من التعويض عن الطلاق وإلزامها بدفع ذلك التعويض للمطعون ضده استنادا إلى نشوزها غير الثابت، فإنّهم أخطأوا في تطبيق القانون وفشلوا في إعطاء تسبب مقنع لقرارهم، وعليه فإنّ الوجهين المثارين من طرف الطّاعة يعتبران مؤسسين، ويتعيّن استنادا إليهما القضاء بنقض القرار جزئيا فيما يتعلق بمسؤوليّة الطلاق الخاصّة بالنشوز...."⁽¹⁾، فمن خلال تفاصيل هذا القرار، يتضح أنّه نقض قرارا حرم المطلقة من التعويض، وألزمها بدفع التعويض لمطلقها على أساس أنّها ناشز، فتمّ النّقض على أساس أنّ مُطلقها لم يوقر لها سكنا ملائما، مع العلم أنّه كان يقيم معها لدى أهلها، وهو ما يُسقط النشوز عنها، فبالمفهوم المخالف، لو أنّه وقرّ لها سكنا ملائما لاعتبرت ناشزا، ولأيدت المحكمة العليا قرار المجلس القاضي بتحميلها مبالغ التعويض عن الطلاق المبرر جزاء نشوزها.

فلا بدّ أن يراعى أثناء فرض التعويض ثبوت النشوز ولا سيما إذا كان حاصلًا من الزوج، الذي وفي صورة لم يتمّ إثباته فالتعويض المحكوم به ضده غير قانوني، وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا من خلال القرار الذي نصّ على: "حيث أنّ قضاة الموضوع قضوا للمطعون ضدها بالتعويض دون أن يحصل من الطّاعن أيّ تعسف أو نشوز، مع أنّ المادّتان 52 و 55 من قانون الأسرة قد حدّدتا التعويض الذي تستحقّه المطلقة في حالتين وهما: حالة تعسف الزوج في الطلاق طبقا للفقرة الأولى من المادة 52 من قانون الأسرة، والحالة الثانية عند نشوز الزوج طبقا للمادة 55 من قانون الأسرة... الأمر الذي يتعيّن معه نقض القرار جزئيا فيما يخصّ التعويض والأمتعة"⁽²⁾، فمن خلال هذا القرار الذي رفع المسؤولية عن الطّاعن كونه لم يكن ناشزا

(1) لحسين بن شيخ آث ملويا. المُرشد في قانون الأسرة. ص 187 و 188. (أنظر: المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية والموارث- قرار صادر بتاريخ 2008/10/15. ص 253).

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية والموارث- قرار صادر بتاريخ 1998/11/17 ملف رقم 210451- (المجلة القضائية لسنة 2001. عدد خاص . ص 255).

تجاه المطعون ضدها، وبالتالي فلا مناص من الحكم عليه بالتعويض، وفي هذه الحالة يمكنه أن يطالب هو بالتعويض على أساس أن الطلاق غير تعسفي ومبرر.

الفرع الثاني: استحقاق المطلق للتعويض جزاء الخيانة الزوجية.

يمكن للزوج الذي أثبت أن زوجته قد ارتكبت الخيانة الزوجية، المتمثلة في جريمة الزنا، أن يرفع دعوى الطلاق فضلا عن إمكانية مطالبته بالتعويض، وبالرغم من عدم تطرق المشرع لهذه الحالة في نطاق قانون الأسرة، إلا أن ذلك يُعدّ سببا وجها لفسك الرابطة الزوجية المُبنية بالأساس على الثقة المتبادلة، وضرورة إحصان الزوجين، من هذا المنطلق يجدر التطرق لهذا السبب الجدّي لحلّ الرابطة الزوجية، ولا سيما ما تعلّق بالشقّ الجزائي، ويمكن تفصيل ذلك كما يلي:

أولا: تعريف الزنا.

ينبغي تبين معنى الزنا من الناحية اللغوية والاصطلاحية كما يلي:

1- تعريف الزنا في اللغة.

الزنا في اللغة من زنا، وهو باللغة الفرنسية (Fornication)⁽¹⁾، وبالانجليزية (Adultery)⁽²⁾، زنا تزنة أي ضيق، وأزناه بمعنى ألجأه، وصعده وحقنه، والزنا يعني القصير المجتمع⁽³⁾، وأزنا البول احتقن، والزني بمعنى السقاء الصغير⁽⁴⁾، وزنا الجبل بمعنى صعد، وأزنا صاحبه أي حقنه حتى ضيق عليه⁽⁵⁾. من خلال الاشتقاقات اللغوية لمعنى الزنا فإنها تتمحور بين التضييق والاحتقان والصعود.

2- تعريف الزنا في الاصطلاح.

يمكن تعريف الزنا من الناحية الاصطلاحية على أنه "جماع أو فعل جنسي غير شرعي تام، يقع بين رجل وامرأة كلاهما أو أحدهما متزوج، وبناء على رغبتهما المشتركة واستنادا إلى رضائهما المتبادل دون غش أو إكراه"⁽⁶⁾.

من خلال هذا التعريف يتضح أن الزنا هو علاقة غير شرعية بين رجل وامرأة، شريطة أن يكون أحدهما متزوجا، وفي هذه النقطة بالذات تكمن المفارقة بين القانون والشريعة الإسلامية، حيث أن الزنا في الأخيرة يكون من خلال العلاقة الجنسية المطلقة بين الرجل والمرأة بدون اشتراط أن يكون أحدهما أو كلاهما متزوجا، طالما لم يربط بينهما عقد زواج، أي إقامة علاقة خارج نطاق الزوجية، حيث يزكي هذا الطرح معالجة المشرع الجزائري للعقوبة المتعلقة بجريمة الزنا والمنصوص عليها في المادة 339 من قانون العقوبات، حيث ربطتها بضرورة القيام بها من قبل الزوج أو الزوجة.

(1) عبد الواحد كرم. معجم مصطلحات الشريعة والقانون (عربي- فرنسي- إنجليزي). ص 443.

(2) محمد رواس قلعة جي؛ حامد صادق قنبي. معجم لغة الفقهاء. ص 235.

(3) الفيروزآبادي. القاموس المحيط. ص 721.

(4) إبراهيم مصطفى وآخرون. المعجم الوسيط. ص 402.

(5) الفيومي. المصباح المنير. ص 98.

(6) عبد العزيز سعد. الجرائم الواقعة على نظام الأسرة. ص 67.

ثانيا: شروط قيام جريمة زنا الزوجة.

يُعتبر زنا الزوجة جريمة يعاقب عليها القانون، لإخلالها بقداسة الزواج، ولقيامها لابد من توفر عدة شروط يمكن معالجتها كما يلي:

1- الركن المادي للجريمة (الوطء المحرم).

يُقصد بذلك ضرورة حصول الوطء الطبيعي، وتشترك جريمة الزنا بذلك مع الاغتصاب، ولا تقوم الجريمة بما دون ذلك من أفعال أخرى⁽¹⁾، فيتحقق هذا الركن بتسليم الزوجة نفسها طواعية إلى رجل أجنبي غير زوجها، فيمارس معها العمل الجنسي بطريقة طبيعية وتامة.

2- قيام الزوجية.

يُعدّ هذا الشرط جوهرية في نظر المشرع، حيث لا بد أن تكون علاقة زوجية رسمية وشرعية بين الزوجة المتهمة بالزنا، وزوجها الشاكي ضدها، فلو قامت هذه الجريمة قبل انعقاد الزواج وتسجيله في سجلات الحالة المدنية، أو بعد انحلاله بالطلاق البائن أو بالوفاة، فإذا حدث بعد ذلك فلا يمكن اعتبارها حالة زنا.

3- الركن المعنوي للجريمة (القصد الإجرامي).

يتحقق هذا الركن بتوافر القصد الجنائي، من خلال تفاصيل حدوثها، ولا سيما قيام الزوجة بهذا العمل وهي على علم كامل بأنها متزوجة ومع ذلك سلّمت نفسها لرجل آخر⁽²⁾، فلا يمكن أن تقوم الجريمة إذا لم يثبت القصد الجنائي، كأن تكون الزوجة قد أكرهت على هذا الفعل، وبالتالي تقوم في حق من مارس معها علاقة جريمة اغتصاب، ولا يمكن لها أن تهرب من هذا الفعل باعتقادها أنها طلّقت، أو أنّ زوجها الغائب قد مات، ذلك أنّ العلاقة الزوجية مستمرة حتى تنقضي بالطلاق المثبت عن طريق حكم قضائي، أو بموت المفقود بموجب حكم قضائي⁽³⁾.

ثالثا: مدى ارتباط شكوى الزوج بقيام جريمة زنا الزوجة.

تصدّى المشرع لجريمة الزنا أيّا كان مرتكبها من الزوجين بعقوبة الحبس من سنة إلى سنتين، وذلك وفقا لنصّ المادة 339 من قانون العقوبات التي نصّت على: "يُقضى بالحبس من سنة إلى سنتين على كلّ امرأة متزوجة ثبت ارتكابها جريمة الزنا. وتُطبّق العقوبة ذاتها على كلّ من ارتكب جريمة الزنا مع امرأة يعلم أنها متزوجة. ويُعاقب الزوج الذي يرتكب جريمة الزنا بالحبس من سنة إلى سنتين وتطبق العقوبة ذاتها على شريكته. ولا تتخذ الإجراءات إلاّ بناء على شكوى الزوج المضرور، وإنّ صفح هذا الأخير يضع حداً لكل متابعة"، فمن خلال نصّ هذه المادة يظهر جلياً مدى ارتباط إجراءات المتابعة القضائية ضدّ الزوجة الزانية بشكوى الزوج المتضرر، ولذلك ينبغي تبين أهم ما يتعلق بالشكوى كونها إجراء وجوبيا.

(1) أحسن بوسقيعة. الوجيز في القانون الجنائي الخاص- الجرائم ضد الأشخاص والجرائم ضد الأموال . دار هومة، بوزريعة، الجزائر. ط 18، 2015، ج 1 ص 145 و 146.

(2) عبد العزيز سعد. الجرائم الواقعة على نظام الأسرة. ص 68 و 69.

(3) أحسن بوسقيعة. الوجيز في القانون الجنائي الخاص- الجرائم ضد الأشخاص والجرائم ضد الأموال. ج 1 ص 148.

1- الإجراءات اللازمة في تقييد الشكوى.

من خلال نص المادة 339 من قانون العقوبات الجزائري، يتضح أنه لا يمكن للنيابة العامة تحريك الدعوى الجزائية بخصوص جريمة الزنا إلا بتوفر شكوى من طرف من وقع عليه فعل الاعتداء، فلا يجوز لوكيل الجمهورية مباشرة الإجراءات إلا بعد شكوى الزوج المضرور، وربما يرجع سبب تقييد سلطة النيابة العامة في هذه الجريمة تحديداً، إلى تغليب مصلحة الأسرة على المصلحة العامة، فتقديم الزوجة المتهمة إلى المحكمة قبل توفر شرط تقديم الشكوى من المتضرر إلى الجهة المكلفة قانوناً بتلقي شكواه، يترتب عليه عدم قبول الدعوى وردّ الملف إلى النيابة العامة لحين تمكّنها من الحصول على الشكوى أو تحفظ الملف لديها، وفي صورة فصل المحكمة في الدعوى من دون شكوى الزوج، فحكمها معيب ومخالف للقانون وسيتم إلغاؤه ونقضه⁽¹⁾.

على أن يتم تقديمها لوكيل الجمهورية أو الضبطية القضائية، من طرف الزوج المضرور بصفة شخصية، أو ممّن ينوبه في حالة إصابته بعارض من عوارض الأهلية، أو كان مسافراً، وأن تكون ممضاة من طرف الشّاكي أو من وكيل معتمد أو مفوض، ولا تخضع لأي إجراء شكلي معيّن، وبناء عليها يتصرّف وكيل الجمهورية معها كباقي الجرائم، من حيث ملاءمة المتابعة، واختيار طريقة المتابعة من حيث التلبّس، أو التّحقيق أو الاستدعاء المباشر، وله أن يطعن عند صدور الحكم أو القرار القضائي.

2- الأثر المترتب جرّاء التنازل عن الشكوى.

إنّ تحريك الإجراءات المرتبطة بجريمة الزنا المقترفة من طرف الزوجة، يرتبط ارتباطاً وثيقاً بشكوى يتقدّم بها الزوج المضرور، ولا يمكن بأي حال من الأحوال أن تتولّى عنه النيابة العامة ذلك، وعلى هذا الأساس فسحب الزوج لشكواه يضع حدّاً للمتابعة ضدّ الزوجة، عملاً بأحكام المادة 339 من قانون العقوبات، وهو ما يتوافق مع القواعد العامة التي تحكم الدعوى العامة، وفقاً للمادة 6 من قانون الإجراءات الجزائية التي نصّت على: "تنقضي الدعوى العمومية بتنفيذ اتّفاق الوساطة وبسحب الشكوى إذا كانت شرطاً لازماً للمتابعة"، كما أنه لا يمكن قبول الشكوى بعد الطلاق من أجل وقائع سابقة عن الحكم بالطلاق، فالشّاكي لم تعد له صفة الزوج لانقضائها بالطلاق، ولكن الشكوى المقدّمة قبل الطلاق تستمر إلى ما بعد الحكم بالطلاق⁽²⁾.

رابعا: إجراءات إثبات جريمة زنا الزوجة.

تعدّ جريمة الزنا ذات طبيعة خاصّة بسبب تأثيرها على النظام الأسري، وعلى هذا الأساس فإنّباتها وفقاً للتشريع الجزائري يثبت بناء على التلبّس بفعل الزنا أو الاعتراف الكتابي، أو الإقرار القضائي، وهو ما تضمّنته المادة 341 من قانون العقوبات بنصّها على: "الدليل الذي يُقبل عن ارتكاب الجريمة المعاقب عليها بالمادة 339

(1) عبد العزيز سعد. المرجع السابق. ص 70.

(2) أحسن بوسقيعة. الوجيز في القانون الجنائي الخاص- الجرائم ضد الأشخاص والجرائم ضد الأموال. ج 1 ص 151 و 152.

يقوم إما على محضر قضائي يحزره أحد رجال الضبط القضائي عن حالة تلبس وإما بإقرار وارد في رسائل أو مستندات صادرة من المتهم وإما بإقرار قضائي"، ويمكن التدقيق في كل وسيلة إثبات كما يلي:

1- التلبس المثبت بمحضر الضبطية القضائية: يكون بناء على قيام أحد ضباط الشرطة القضائية بمشاهدة المتهمين في وضع يدل دلالة قاطعة على ممارسة الزنا، ويتولى تحرير محضر بذلك، ويقدمه لوكيل الجمهورية، دون أن تكون له السلطة في القبض على المتهم أو اقتياده إلى ممثل النيابة العامة، إلا إذا كان قد سبق وحصل على شكوى رسمية من الزوج المضرور قبل تحريره للمحضر⁽¹⁾.

2- الإقرار عن طريق الرسائل أو المستندات الصادرة عن المتهم: يشترط أن يكون الإقرار واضحا، لا لبس ولا غموض فيه ويتناول ذكر العلاقة الجنسية، على أن يكون هذا الإقرار في رسائل محررة باليد أو مطبوعة أو في شكل رسائل قصيرة عبر الهاتف أو رسائل إلكترونية، أو مستندات أخرى كالصور والأفلام وأشرطة الفيديو إذا سجلت بإذن صاحبها، ويكون الإقرار صادرا من المتهم لا من غيره⁽²⁾.

3- الإقرار القضائي: يشمل الإقرار الشفوي الذي تدلي به الزوجة أثناء المرافعات وأمام المحكمة، وتنسب إلى نفسها الأفعال المادية المكونة للجريمة، ويلاحظ أن الاعتراف الكتابي والإقرار القضائي يلزم الماعترف وحده، وأن اعترافه بالوقائع لا يتعدى إلى غيره ولا يلزم هذا الغير، ولا يشكل دليلا قاطعا ضده.

ويلاحظ من خلال المادة 341 أنها أوردت طرق إثبات جريمة الزنا على سبيل الحصر، بمعنى أن الوسائل التي لا تصب في هذا المنحى لا يُعتد بها أمام القضاء، وهوما شمله قرار المحكمة العليا الذي نص على: "لا يُعدّ شريط الفيديو" دليلا من أدلة إثبات جريمة الزنا. أدلة إثبات الزنا معددة على سبيل الحصر وهي:- محضر معاينة التلبس بالجريمة، يحزره أحد ضباط الضبطية القضائية،- إقرار وارد في رسائل أو مستندات صادرة من المتهم،- إقرار قضائي"⁽³⁾، فيتضح من خلال هذا القرار مدى استبعاد طريقة الإثبات بطريق الفيديو والتي قد تبدو ذات أهمية بالغة ومثمرة، ولأنها قد تتم بدون رضا الزوجة الزانية وفي غفلة منها فقد يستبعدا القاضي ولا يأخذ بها كدليل للإثبات، ويكتفي بتطبيق نص المادة 341 من قانون العقوبات.

خامسا: إجراء طلب الزوج المضرور للطلاق والتعويض بسبب زنا الزوجة.

يُعتبر الضرر اللاحق بالزوج والأسرة جرّاء ارتكاب الزوجة للفاحشة أثرا بليغا، فيمكنه أن يرفع دعوى طلاق مبّرر، ويطلب أيضا التعويض على أساس الضرر اللاحق به، ذلك أن أسى هدف مرجو من الزواج قد زال ممثلا في إحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب وهو ما شملته المادة الرابعة من قانون الأسرة الجزائري.

ينبغي على الزوج أن يرفع دعواه المتمحورة حول جريمة الزنا أمام قسم الجنج والمخالفات، وأن يُضمّن

(1) عبد العزيز سعد. الجرائم الواقعة على نظام الأسرة. ص 72.

(2) أحسن بوسقيعة. المرجع السابق. ج 1 ص 149.

(3) المحكمة العليا- غرفة الجنج والمخالفات- قرار صادر بتاريخ 2009/06/24 ملف رقم 443709- (المجلة القضائية لسنة 2010. العدد الثاني. ص 336).

دعواه شكوى رسمية، مقيما الدليل على ما يدّعيه، بمحضر محرّر من قبل الضبطية القضائية عن واقعة زنا الزوجة المتلبّس بها، أو مستندات أو دليل كتابي صادر منها، أو بإقرارها القضائي بارتكابها للفاحشة، ويستصدر بذلك حكما قضائيا نهائيا مُثبتا لجريمة زنا الزوجة، وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا من خلال قرارها الذي نصّ على: "من المقرّر قانونا بأنّ الزّنا لا يثبت إلّا بإقرار مُرتكبه أو بحكم جزائي أصبح نهائيا أو بشهادة أربعة شهود يشهدون في آن واحد مباشرة الزّنا. وبما أنّ الأمر ليس كذلك- في قضية الحال- فالقضاة لما اعتمدوا على شهادة رجل وامرأة لإثبات الزّنا، كانوا بذلك منتهكين لقواعد الإثبات، وبالتالي خالفوا القانون والشرع معا، ممّا يجعل قرارهم معرّضا للبطلان"⁽¹⁾، فإذا صدر حكم قضائي نهائي يدين الزوجة بارتكاب جريمة الزنا، فإنّها لا تستحقّ التعويض عن طلاق زوجها إياها⁽²⁾.

بإمكان الزوج بعد رفعه دعوى جزائية، أن يرفع دعوى طلاق أمام قسم شؤون الأسرة للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها بيت الزوجية، وأن يطلب وقف سيرالخصومة لحين صدور حكم نهائي بشأن جريمة زنا الزوجة، وهو ما شمله قرار المحكمة العليا الذي نصّ على: "متى كان من المقرّر قانونا أنّ الجزائي يوقف المدني، ومن ثمّ فإنّ قضاة الموضوع- في قضية الحال- بحكمهم بالطلاق وإهمالهم لطلب الطّاعن بوقف الفصل في القضية لحين الفصل في قضية الزّنا المتابعة بها المطعون ضدها، خرقوا القواعد الجوهرية في الإجراءات"⁽³⁾، فمن خلال هذا القرار يتضح ضرورة وقف السير في قضية الطلاق، حتى يتمّ الفصل نهائيا في قضية الزنا التي رفعها الزوج ضدّ زوجته، و تتحدّد مسؤولية الطلاق وإسناد الحضانة، فإذا تمت إدانة الزوجة بارتكاب الفاحشة بموجب قرار نهائي للمحكمة العليا، يُعاد السير في الخصومة الخاصة بالطلاق، واستبعادها من الحضانة التي لا يمكنها ممارستها وإمكانية انتقالها للأب وفقا لترتيب الحاضنين، ذلك أنّه قد يُحكم عليها بالحبس من سنة إلى سنتين وفقا للمادة 339 من قانون العقوبات الجزائري.

من خلال الدّعى الجزائية، وفي شقّها المدني يمكن للزوج المطالبة بالتّعويض عن الضّرر اللاحق به، في صورة ما ثبت جرم الزوجة، عملا بأحكام المادة 124 من القانون المدني التي توجب التّعويض على المتسبّب في وقوع الضّرر، وفي حالة عدم الاستجابة لطلبه، يمكنه أن يضع في دعوى الطلاق طلبا إضافيا للتّعويض عن الضّرر من قسم شؤون الأسرة، احتياطا لإمكانية عدم حصوله عليه من مباشرة الدّعى الجزائية، ويمكنه أن يطالب بالتّعويض عن الضّررين، وذلك لاختلافهما، فالأول يتعلّق بتضرّره جرّاء الخيانة، والثاني بمناسبة طلاقه المبّرر والمرتببط بطريقة غير مباشرة بالضّرر الأول، بالرّغم من تباينهما.

يتربّط على طلب الزوج وقف الخصومة الخاصة باستصدار حكم الطلاق أمام قسم شؤون الأسرة،

(1) المجلس الأعلى- غرفة الأحوال الشخصية- قرار صادر بتاريخ 1979/12/24 ملف رقم 20841- (النشرة القضائية لسنة 1981 . ص 80).

(2) لحسين بن شيخ آث ملويا. المرشد في قانون الأسرة. ص 143.

(3) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والمواريث- قرار صادر بتاريخ 2000/05/23 ملف رقم 243417- (المجلة القضائية لسنة 2001. عدد خاص . ص 111).

بسبب انتظار الفصل جزائيا في دعوى الزنا، أن يتوقف سريان الميعاد الخاص بدعوى الطلاق والمتمثل في ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى وفقا لنص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري، فيطلب الزوج إجراء الفصل، فيتوقف سريانها لغاية صدور الحكم الجزائي، ومن آثار وقفها بطريق التأجيل، اعتبارها قائمة لكتها راكدة، ولا يجوز اتخاذ أي إجراء خلال فترة الوقف⁽¹⁾، وجاء تبين فكرة وقف الخصومة من خلال نص المادة 214 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي نصت على: "يؤمر بإجراء الفصل في الخصومة، بناء على طلب الخصوم، ماعدا الحالات المنصوص عليها في القانون"، ويتم الإجراء بموجب أمر وليس حكم، على أن يخضع للاستئناف في مدة عشرين يوما، يبدأ احتسابها من تاريخ النطق به، وليس من تاريخ التبليغ وفقا للمادة 215 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

المطلب الثاني: استحقاق المطلق لبدل الخلع.

يُعتبر الخلع إحدى صور فك الرابطة الزوجية لا سيما إذا كانت الزوجة غير مُطِقة لاستمرارها في نطاق عصمة الزوج الذي تكن له الكراهية، ولذلك كان وسيلة لتفتدي المرأة نفسها لقاء مبلغ تدفعه للرجل لأنّ الفرق كانت من جانبها وبطلب منها، فيستحق الرجل بدل الخلع كحق مالي له في إطار الشرع والتشريع، ومن هذا المنطلق وجب التدقيق في هذه المسألة وفقا للتفصيل التالي:

الفرع الأول: تعريف بدل الخلع.

الفرع الثاني: علاقة بدل الخلع بالشقاق بين الزوجين.

الفرع الثالث: علاقة عضل الزوجة ببدل الخلع.

الفرع الرابع: ضوابط بدل الخلع.

الفرع الخامس: أنواع بدل الخلع.

الفرع السادس: مدى لزوم البديل في الخلع.

الفرع السابع: الخلع بين الزوج والأجنبي.

الفرع الثامن: أهلية الزوجة وأثرها على بدل الخلع.

الفرع التاسع: إجراءات معالجة الاختلاف حول بدل الخلع.

الفرع الأول: تعريف بدل الخلع.

لا بدّ من الإحاطة بالمعنى الشامل لبديل الخلع من الناحيتين اللغوية والاصطلاحية.

أولا: تعريف بدل الخلع في اللغة.

لا بدّ من شطر مصطلح بدل الخلع إلى بدل خلع والتعرّف على كلّ معنى في الجانب اللغوي.

(1) عبد الرحمان بربارة. شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ص 167.

1- تعريف البديل في اللغة.

البديل في اللغة يعني الخلف، و بالفرنسية (Indemnité)⁽¹⁾ والانجليزية (Equivalent)⁽²⁾، وجمعه أبدال، وبَدَلَهُ أي اتَّخَذَهُ بَدَلًا، وبادله مُبَادَلَةٌ وبَدَلًا بمعنى أعطاه مثل ما أخذ منه⁽³⁾، وهو الخلف والعوض⁽⁴⁾.
من خلال التعريف اللغوي للبديل في اللغة فإنه يتمحور بالأساس حول المُقَابِل وما هو بديل للشيء بصفة عامة.

2- تعريف الخلع في اللغة.

الْخُلْعُ بِالضَّمِّ، بالفرنسية (Khola'a)⁽⁵⁾ والانجليزية (Divorce at Khula)⁽⁶⁾، يقال تخالعت الزَّوجَانِ بمعنى اتَّفَقَا عَلَى الطَّلَاقِ، وخالعت زوجها طلبت أن يطلقها بفدية من مالها، والْخُلْعُ تحوُّلُ المِفْصَلِ عَنْ مَوْضِعِهِ⁽⁷⁾، وَالْخُلْعَةُ مِنَ الثِّيَابِ مَا خَلَعْتَهُ فَطَرَحَتْهُ عَلَى آخِرٍ أَوْ لَمْ تَطْرَحْهُ وَكُلُّ ثَوْبٍ تَخْلَعُهُ عَنْكَ خِلْعَةٌ وَخَلَعَ عَلَيْهِ خِلْعَةً⁽⁸⁾.

لذلك تكون التَّسْوِيَةُ فِي الْخُلْعِ وَالنِّزْعِ وَالتَّجَرُّدِ مِنَ الشَّيْءِ كَمَعَانِي لِلْخُلْعِ مِنَ النَّاحِيَةِ اللَّغَوِيَّةِ.

ثانيا: تعريف بدل الخلع في الاصطلاح.

يمكن التوصل إلى تعريف بدل الخلع اصطلاحا من خلال تعريف البديل ثم الخلع وجمع المفهومين للحصول على المفهوم الشامل لبديل الخلع في الاصطلاح.

1- تعريف البديل في الاصطلاح.

يمكن تعريف البديل في الاصطلاح أنه ما يدفع لشخص لتعويضه عن مصروفات يتكبدها نتيجة ظروف عمله⁽⁹⁾، وقياسا على هذا التعريف يمكن الوصول إلى أن البديل هو ما يناله الشخص لقاء قيامه بتصرف معين أي معاوضة عما قام به.

2- تعريف الخلع في الاصطلاح.

وردت العديد من التعريفات بخصوص الخلع ومن بينها أنه إزالة ملك النكاح بعوض⁽¹⁰⁾، ومعنى ذلك أن الخلع هو نوع من أنواع الطلاق الذي تبذل المرأة المطلقة مالا مُطْلَقَهَا لِقَاءِ تَحْلُلِهَا مِنَ الزَّوْجِيَّةِ. ولم يهتم المشرع الجزائري بتعريف الخلع في قانون الأسرة بل تمّ تبيينه كنوع من أنواع الطلاق بموجب

(1) عبد الواحد كرم. معجم مصطلحات الشريعة والقانون (عربي- فرنسي- إنجليزي). ص 84.

(2) روجي البعلبكي. المورد قاموس عربي- إنكليزي. ص 228.

(3) الفيروزآبادي. القاموس المحيط. ص 104.

(4) إبراهيم مصطفى وآخرون. المعجم الوسيط. ص 44.

(5) ابتسام القرام. المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري. ص 24.

(6) محمد رواس قلعة جي؛ حامد صادق قنبي. معجم لغة الفقهاء. ص 200.

(7) إبراهيم مصطفى وآخرون. المعجم الوسيط. ص 250.

(8) ابن فارس. مجمل اللغة. ص 300.

(9) عبد الواحد كرم. معجم مصطلحات الشريعة والقانون (عربي- فرنسي- إنجليزي). 1995. ص 84.

(10) السرخسي. المبسوط. ج 6 ص 74.

المادة 48، فأعطى المشرع الفرصة للمرأة الراغبة في حلّ الرابطة الزوجية بالموازاة مع الرجل بالطلاق بالإرادة المنفردة والتراضي من خلال سلطتها في إيقاعه بطريق التطليق وفقا لحالات محدّدة في إطار المادة 53، وكذا عن طريق الخلع في نطاق المادة 54 التي نصّت على: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي. إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

من خلال تعريف البديل والخلع في الاصطلاح يمكن الجمع بين المعنيين للحصول على معنى بدل الخلع والذي هو "كلّ ما يصلح أن يكون مهراً من مال أو منفعة تُقوّم بالمال"⁽¹⁾، فيتّضح أنّ بدل الخلع هو مال يصلح يصلح لأن يكون صداقا سواء كان مالا أو شيئا مقوماً بالمال.

لكن ما يؤخذ على هذا التعريف أنّه جاء مُقتضبا ولم يبيّن كفاية كلّ الجوانب في العلاقة الخلعية، ونصّ على العلاقة الموجودة بين الصّدق والبديل من دون توضيح من يقدّمه لقاء الافتداء.

هذا ويمكن تعريف بدل الخلع على أنّه "ما تلتزم به الزوجة لزوجها في مقابل طلاقها، وخلاص نفسها منه، ويجوز أن يكون مقابل الخلع بكلّ ما صحّ أن يكون صداقا، أي مالا مقبولا"⁽²⁾.

من خلال هذا التعريف، يتّضح أنّ بدل الخلع هو كلّ ما تبذله الزوجة لزوجها لقاء تحللها من العلاقة الزوجية، على أن يستوفي هذا البديل الشّروط المراعاة في الصّدق، لأنّ الزوجة عليها ردّ ما مُهرت به لزوجها على أساس أنّ الفرقة جاءت من جانبها، ولقد حظي البديل بتشريع من القرآن والسنة نظرا لتعلّق الخلع به⁽³⁾.

وعلى شاكلة الخلع لم يتطرّق المشرع الجزائري لمفهوم بدل الخلع في نصوص قانون الأسرة، وإنّما جاء النصّ عليه في إطار عام في ظلّ المادة 54 التي تضمّنت الخلع، ويمكن استشفاف مفهومه لدى المشرع باعتباره وسيلة لأن تتحرّر الزوجة من قيد الزوجية بدفعها هذا البديل، وهو ما يُعتبر تعريفا ضمنيا له من خلال اعتباره مقابلا ماليا يقبضه الزوج مقابل طلاق زوجته خلعا، وهو ماضمّنته المادة بنصّها على: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي...".

بالرجوع إلى قرارات المحكمة العليا فإنّها تضمّنت الحديث عن الخلع في السّياق العام، ومن خلال ذلك

(1) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 9 ص 458.

(2) العربي بلحاج. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. ج 1 ص 267 و268.

(3) وردت بعض الآيات التي يمكن التّداول من خلالها على بدل الخلع ومنها قوله تعالى: ﴿...فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ سورة النساء. الآية 20.

كما ورد دليله أيضا من خلال السنة النبوية الشريفة للحديث الذي رواه ابن عباس أنّ امرأةً ثابت بن قيس أتت النبي ﷺ فقالت يا رسول الله ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خُلعي ولا دين ولكي أكره الكُفر في الإسلام فقال رسول الله ﷺ أنتردين عليه حديثه قالت نعم قال رسول الله ﷺ قبل الحديث وتلقها تطليقة. (رواه البخاري والنسائي: أنظر: البخاري. صحيح البخاري. كتاب الطلاق. باب الخلع وكيف الطلاق فيه. الحديث رقم 5273. ج 7 ص 46: النسائي، سنن النسائي الكبرى. كتاب الطلاق. باب ما جاء في الخلع. الحديث رقم 5657. ج 3. ص 369).

يمكن استنتاج تعريف لبدل الخلع، ومن هذه القرارات الذي نصّ على: "من المقرّر شرعاً أنّ الخلع هو حلّ عقد الزواج نظير عيوض تلزم به الزوجة بقبولها، ومقداره يحدّد بالتراضي بين الطرفين..."⁽¹⁾.

لقد جعل هذا القرار من بدل الخلع مبلغاً تلزم به الزوجة لزوجها التي تودّ فرقة لسبب تراه وجهاً على أن يتمّ الإتفاق بينهما حوله وإلاّ انتقلت هذه المهمة لقضاة الموضوع.

الفرع الثاني: علاقة بدل الخلع بالشقاق بين الزوجين.

حتى يمكن للزوجين الافتراق وفقاً لصيغة الخلع، لابد أن تدبّ بينهما خلافات عميقة تؤدي إلى كراهية الاستمرار في الحياة الزوجية، وعلى هذا الأساس وجب التفصيل في معنى الشقاق وفقاً لما يلي:

أولاً: تعريف الشقاق.

يقتضي لتبيين دور الشقاق في الخلع، تبين معناه والتدقيق فيه لغوياً واصطلاحياً.

1- تعريف الشقاق في اللغة.

الشقاق في اللغة من الفعل شقّ، بالفرنسية (La séparation)⁽²⁾ والانجليزية (Dissension)⁽³⁾، يقال شقّ الأمر بمعنى صعب وشاقّه بمعنى خالفه وعاداه وتشاقّا بمعنى اختلفا وتعاديا⁽⁴⁾.

يتّضح من خلال المعنى اللغوي للشقاق أنّه يشمل التعادي والاختلاف بين طرفين.

2- تعريف الشقاق في الاصطلاح.

يُمكن تعريف الشقاق على أنّه "أنّ يدعي كلّ واحدٍ منهما على صاحبه منع الحقّ ولا يطيبُ واحدٌ منهما لصاحبه بإعطائه ما يرضى به ولا ينقطع ما بينهما بفرقة ولا صلح"⁽⁵⁾.

واضح من خلال هذا التعريف وصول الزوجين إلى طريق مسدود في نطاق الحياة الزوجية، وادّعاء كلّ منهما أنّه على حقّ ونسبة الضرر إلى الطرف الآخر.

فالشقاق والنزاع من الأمور المؤدية إلى تهالك الحياة الزوجية المقوّضة لدعائم الأسرة، الأمر الذي يؤدي لزعة البيت الأسري، ولا أدلّ على ذلك حالات الطلاق التي تعالجها المحاكم بسبب استفحال الشقاق بين الأزواج وازدياده بشكل متنامي⁽⁶⁾.

بالرجوع إلى المشرع الجزائري فإنّ لم يفرد تعريفاً للشقاق الموجود بين الزوجين، غير أنّه وضع في إطار الخطوط العريضة التي ينبغي أن تنبني عليها العشرة الزوجية المودّة والرحمة، وليس الشقاق والمشاكل المستمرة وذلك من خلال المادة الرابعة من قانون الأسرة التي عرّفت الزوج بنصّها على: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه، تكوين أسرة أساسها المودّة والرحمة والتعاون

(1) المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1980/02/25 - ملف رقم 21305 - نشرة القضاة العدد الأول. ص 79.

(2) يوسف شلالة. المعجم العملي للمصطلحات القانونية والتجارية والمالية فرنسي عربي عربي فرنسي. ص 123.

(3) محمد رواس قلعة جي؛ حامد صادق قنيبي. معجم لغة الفقهاء. ص 266.

(4) إبراهيم مصطفى وآخرون. المعجم الوسيط. ص 489.

(5) الشافعي محمد بن إدريس أبو عبد الله. الأم. دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1992. ج 5 ص 194.

(6) نايف محمد الجنيدي. عضل النساء والتفريق للشقاق. دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ط 1، 2010. ص 140.

وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

وجاء الحديث عن الشقاق في قانون الأسرة الجزائري، كسبب موجب للتطليق وليس الخلع وفقا لنص المادة 53 في فقرتها الثامنة التي نصت على: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية: 8- الشقاق المستمر بين الزوجين".

هذا وسأيرت المحكمة العليا هذا الطرح من خلال بعض قراراتها لا سيما ذلك الذي نصّ على: "من المستقر عليه أنّ استفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي شرعا. ولما كان ثابتا- في قضية الحال- أنّ المطعون ضدها تضررت من جراء استفحال الخصام مع زوجها لمدة طويلة، ممّا نتج عنه إصابتها بمرض الأعصاب وأصبحت الحياة مستحيلة بينهما. فإنّ القضاة بقضائهم بتطليق الزوجة لهذا السبب كاف للتفريق القضائي، طبقوا صحيح القانون"، فواضح من خلال هذا القرار أنّ القضاة فرّقوا بين الزوجين بسبب الشقاق بينهما تطليقا وليس خلعا، الأمر الذي يجعل من القضاء لا يلتفت إلى الشقاق كسبب موجب للخلع، بل يجعل ذلك من خلال طلب الزوجة التي يمكنها أن تدّعيه بأي سبب للخلع.

ثانيا: أثر الشقاق على بدل الخلع.

لقد اختلف العلماء لوجوب وجود الشقاق بينهما حتى يأخذ الزوج منها البديل في رأيين:

1- القول الأول: لا يشترط وجود الشقاق بينهما بل يجوز مع الكراهة أخذ البديل من الزوجة في حال توافقهما⁽¹⁾، وذهب إلى ذلك الحنفية⁽²⁾ والمالكية⁽³⁾ والشافعية⁽⁴⁾ والحنابلة⁽⁵⁾، ودليلهم في ذلك هو قوله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾⁽⁶⁾، والذي عليه الجمهور من الفقهاء أنّه يجوز الخلع من غير اشتكاء ضرر، كما دلّ عليه حديث البخاري وغيره⁽⁷⁾.

2- القول الثاني: لا يجوز أخذ المال إلا إذا دبّت الكراهية من الزوجة أو منهما معا وبذلك قال الظاهرية⁽⁸⁾ وأحمد بن حنبل وابن المنذر، ويحتمل كلام أحمد تحريمه فإن قال: الخلع مثل حديث سهل تكره الرجل فتعطيه المهر، فهذا الخلع وهذا يدل على أنه لا يكون الخلع صحيحا، إلا في هذه الحال وهذا قول ابن المنذر وداود وقال ابن المنذر: وروي معنى ذلك عن ابن عباس وكثير من أهل العلم⁽⁹⁾، ودليلهم في ذلك قوله تعالى: ﴿...وَلَا يَجِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ

(1) عامر سعيد الزبياري. أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية. دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، ط1، 1997. ص 151.

(2) السرخسي. المبسوط. ج 6 ص 183.

(3) الدردير. الشرح الصغير. ج 2 ص 517.

(4) الرملي. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج. ج 6 ص 392.

(5) المرداوي. الإنصاف. ج 8 ص 383.

(6) سورة النساء. الآية 4.

(7) القرطبي. الجامع لأحكام القرآن. ج 3 ص 140.

(8) ابن حزم. المحلى. ج 10 ص 235.

(9) ابن قدامة. المغني. ج 8 ص 177.

الظالمون⁽¹⁾، أي فلا جناح على الرجل فيما أخذ ولا عليها فيما أعطت فيما افتدت به فيما فدت به نفسها واختلعت به من بذل ما أوتيت من المهر⁽²⁾.

بالرجوع إلى منحنى المشرع الجزائري في هذه المسألة، فإنه لم يبين كفاية اشتراط وجود الشقاق للمطالبة ببدل الخلع من طرف الرجل ودفعه من طرف المرأة، واختزل المشرع الجزائري الخلع ككل في مادة واحدة هي المادة 54 من قانون الأسرة بنصها على: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي..."، فواضح من خلال هذه المادة عدم نصها بطريقة مباشرة لاشتراط الشقاق لإيقاع الطلاق خلعا، ولكن يستشف من فحواها عدم اشتراط وجود الشقاق بينهما، ودليل ذلك أن الزوجة يمكنها مخالعة زوجها دون موافقته في إشارة إلى عدم الأخذ بالحسبان ادعاءات الزوج أن المسألة لا تستحق الخلع وعدم وجود شقاق جوهري، وكانت هذه المادة مثار الجدل على إثر تعديل قانون الأسرة في سنة 2005، بحيث ألغت فكرة الرضائية في الخلع وارتباطه بموافقة الزوج، وكانت من نتائجها تضخم حالات الطلاق خلعا بأعداد رهيبية.

وسارت قرارات المحكمة العليا في نفس السياق من حيث جعل بدل الخلع وسيلة لفك الزواج عن طريق الخلع دون التفاتة إلى أسباب الشقاق، وهو ما تضمنه قرار المحكمة العليا الذي نص على: "من المقرر قانونا وشرعا أن: الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء وليس عقدا رضائيا". ومن ثم، فإن قضاة الموضوع لما قضوا- في قضية الحال- بفك الرابطة الزوجية خلعا، وحفظ حق الزوج في التعويض رغم تمسكه بالرجوع، فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا مبادئ الشريعة الإسلامية ولم يخالفوا أحكام المادة 54 من قانون الأسرة⁽³⁾، فواضح من القرار أن الخلع هو حق يتم الإلتجاء إليه عند الإقتضاء، وذلك يظل غامضا ويخضع لتقدير الزوجة، لاسيما وأن القرار تضمن رغبة الزوج في العودة إلى الحياة الزوجية، وبالرغم من ذلك تم الفصل بالخلع، وهو مؤشر على عدم اشتراط توافق الزوجين على الشقاق كسبب وجيه لدفع البدل.

الفرع الثالث: علاقة عضل الزوجة ببدل الخلع.

قد يسلك الزوج أساليب إكراهية من شأنها الإضرار بالزوجة، لدفعها إلى مخالعته واقتداء نفسها، فكان العضل من أهم هذه المسالك.

أولا: تعريف العضل.

ينبغي التعرّيج على تعريف العضل من التّاحيتين اللّغوية والاصطلاحية.

(1) سورة البقرة . الآية 229.

(2) الزمخشري . الكشف عن حقائق غوامض التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل . ج 1 ص 275.

(3) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية – قرار صادر بتاريخ 1996/07/30 ملف رقم 141262 – المجلة القضائية العدد الأول . ص

1-تعريف العضل في اللغة.

من الفعل عَضَلَ بمعنى ضَبَقَ عليه، وهو بالفرنسية (la prévention) والانجليزية (To prevent)⁽¹⁾، ويقال المرأة يعضلها بمعنى منعها الزواج ظلماً⁽²⁾، وعضل به الأمرأي اشتد⁽³⁾ والمعضلات هي الشدائد⁽⁴⁾. يتضح من خلال المفاهيم العديدة للعضل انصرافه إلى التشديد والتضييق بالمعنى العام، ومنع المرأة من الزواج في المعنى الخاص.

2- تعريف العضل في الاصطلاح.

يمكن التمييز بين معنيين للعضل في الاصطلاح وفقاً لما يلي:

أ- المعنى الأول: "العضل منع المرأة من التزويج بكفها إذا طلبت ذلك ورغب كل واحد منهما في صاحبه"⁽⁵⁾، فيرتبط العضل وفقاً لهذا المفهوم بسلطة الولي الممارسة على موليته، وعضلها في أن تتزوج من ترغب فيه إذا كان كفناً لها.

ب- المعنى الثاني: يقصد بالعضل التضييق على الزوجة والإضرار بها، وهو لصحبته كاره ولفراقها محب، لتفتدي منه ببعض ما آتاها من الصداق⁽⁶⁾، ويظهرنا معنى العضل كوسيلة يمارسها الزوج على زوجته، لينقذها من عشرته ويدفعها لافتداء نفسها عن طريق دفع بدل الخلع لقاء فك قيدها.

بالرجوع إلى المشرع الجزائري، فإنه لم يُعط معنى ولا تعريفاً للعضل وإنما يبين وجوب أن تتسم الحياة الزوجية بعدد من الحقوق والواجبات بين الزوجية، ولا سيما الاحترام المتبادل من خلال نص المادة 37 من قانون الأسرة في بعض فقراتها التي نصت على: "يجب على الزوجين: 1- المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة، 2- المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة، 3- التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم، 4- التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات...".

ثانياً: أثر العضل على بدل الخلع.

إتفق العلماء⁽⁷⁾ أنه لا يجوز للزوج أن يعضل زوجته، من خلال إساءة معاشرتها حتى تبادر إلى خلعها وافتداء نفسها بتقديم بدل الخلع له، غير أنه في صورة ماثم ذلك فالأمر محل خلاف من حيث سريان الخلع وبالتالي أخذ بدل الخلع أو عدمه على رأيين:

1- الرأي الأول: هو رأي الحنفية الذين قالوا بأنه لا يجوز للزوج أن يعضل زوجته، وذلك لا يبطل خلعها

(1) محمد رواس قلعة جي؛ حامد صادق قنيبي. معجم لغة الفقهاء. ص 316.

(2) الفيروزآبادي. القاموس المحيط. ص 1105.

(3) الطاهر أحمد الزاوي. المختار في القاموس. ص 426.

(4) الرازي. مختار الصحاح. ص 251.

(5) ابن قدامة. المغني. ج 7 ص 368.

(6) الطبري. جامع البيان في تأويل القرآن. ج 8 ص 113.

(7) بن جزي. القوانين الفقهية. ص 367؛ ابن قدامة. المغني. ج 8 ص 177؛ الرملي. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج. ج 6 ص 393؛

الزلي. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق. ج 2 ص 269.

بينما لا يطيب له أخذ البديل منها مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا﴾⁽¹⁾، "فَنَهَى اللَّهُ تَعَالَى الزَّوْجَ أَنْ يَأْخُذَ مِمَّا آتَى الْمَرْأَةَ إِنْ أَرَادَ طَلَاقَهَا"⁽²⁾، وَلِأَنَّهُ أَوْحَشَهَا بِالْفِرَاقِ فَلَا يَزِيدُ عَلَى إِحَاشِهَا بِأَخْذِ الْمَالِ⁽³⁾.

2- الرأى الثاني: هو رأى المالكية⁽⁴⁾ والشافعية⁽⁵⁾ والحنابلة⁽⁶⁾ والذين جعلوا من الخلع باطلا والبديل يرد إليها، إن أخذ منها ويقع به طلاق رجعي⁽⁷⁾، لأنه طلاق ليس في مقابل المال، وذلك مصداقا لقوله تعالى: ﴿...وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ...﴾⁽⁸⁾ أي: لا تُضَارَوْنَهُنَّ فِي الْعِشْرَةِ لِتَتْرَكَ لَكَ مَا أَصْدَقْتَهَا أَوْ بَعْضَهُ أَوْ حَقًّا مِنْ حَقُّوقِهَا عَلَيْكَ، أَوْ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ عَلَى وَجْهِ الْقَهْرِ لَهَا وَالِاضْطِهَادِ⁽⁹⁾.

إذن فعضل الزوج لزوجته يتجلى إذا أضرَّ بها وأساء عَشْرَتَهَا، وكان قصده في ذلك دفعها لأن تفتدي نفسها منه بما أعطاهَا مِنْ صَدَاقٍ، وما يأخذها منها في هذه الحالة لا يستحقُّه لِأَنَّهَا مُكْرَهَةٌ عَلَيْهِ⁽¹⁰⁾.

بالرجوع إلى منحنى المشرع الجزائري بخصوص هذه المسألة، فإنه لم يوضَّح كفاية من خلال المادة 54 من قانون الأسرة فكرة عضل الزوج لزوجته حتى تخلعه وتقدِّم له بدل الخلع، وإن كانت المادة بصيغتها الحالية قد غيّبت أي دور لإرادة وموافقة الزوج في الخلع والبديل⁽¹¹⁾، ومن هذا المنطلق لا أثر لرأى الزوج بالعضل أو الضَّغْط على زوجته حتى تخالعه وهو الأمر الذي يجب تدراكه، لا سيما وأنَّه كثير الحدوث في الجزائر في ظل تنامي حالات الخلع وغياب الوازع الديني، حيث يقدم بعض الأزواج على الضَّغْط على زوجاتهم ليخلعنهم مقابل البديل، ويبقى للقاضي اكتشاف ذلك من خلال جلسات الصلح حتى يبيِّن مدى تحقُّق عضل الزوجية. هذا وذهبت قرارات المحكمة العليا في نفس الإتجاه بمعنى التَّركيز على إمكانية ابتزاز الزوج لزوجته، وبالتالي عدم الالتفات إلى إرادته وجعل الأمر في يد الزوجة، دون الإشارة إلى إمكانية حدوث الحالة العكسية أي ضغط الزوج عليها حتى تقبل بالخلع وهي كارهة له، وفي إطار ذلك جاء قرار المحكمة العليا كما يلي: "الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه. ومن ثمَّ فإنَّ قضاة الموضوع لمَّا قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبَّقوا صحيح القانون"⁽¹²⁾.

(1) سورة النساء . الآية 20.

(2) ابن العربي . أحكام القرآن . ج 1 ص 294 .

(3) الزيلعي . تبين الحقائق شرح كنز الدقائق . ج 2 ص 269 .

(4) أبو عبد الله محمد الخرخشي . شرح الخرخشي على مختصر خليل . المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق مصر، ط 2، 1317 هـ . ج 4 ص 151

(5) الرزلي . نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج . ج 6 ص 393 .

(6) عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي . حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع . ط 1، 1397 هـ . ج 6 ص 494 .

(7) عامر سعيد الزباري . أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية . ص 158 .

(8) سورة النساء . الآية 19 .

(9) ابن كثير . تفسير القرآن العظيم . ج 2 ص 241 .

(10) نايف محمد الجنيدي . عضل النساء والتفريق للشقاق . ص 77 .

(11) عبد العزيز سعد . قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد . ص 130 .

(12) المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1999/03/16 ملف رقم 216239 - المجلة القضائية عدد خاص . ص 138 .

ركّز المشرّع في صياغته التعديلية للمادة 54 من قانون الأسرة على ابتزاز الزوج لزوجته بخصوص بدل الخلع، وانتصارا لها جعل الخلع وبدله بيدها دون النظر لرأي الزوج، وماغاب عن المشرّع هو إمكانية لجوء الزوجة للخلع وهي مُرغمة عليه، وفي هذا الجانب تتجلى الحكمة الفقهية لجمهور العلماء من خلال إبطال الخلع وعدم دفع البديل، وهو ما كان يجب على المشرّع التفطن له، وتبقى مسألة الإثبات فكرة عصيّة على قضاة الموضوع، الذين يجب عليهم في صورة ما لمسوا عضلا من الزوج أن يرفضوا دفع الزوجة بدل الخلع لزوجها.

الفرع الرابع: ضوابط بدل الخلع.

يمكن ربط بدل الخلع بالصدّاق في جملة من التفاصيل الواجب مراعاتها، فحتى يؤدي بدل الخلع الدور المنوط به شرعا وقانونا، لابدّ من موافاته جملة من الشّروط باعتباره عنصرا جوهريا في سريان الخلع، فكلّ ما يصلح أن يكون مهراً من مال أو منفعة تُقوّم بالمال يكون محلاً لبديل الخلع⁽¹⁾، ويمكن حوصلة الشّروط الواجب مراعاتها في البديل وفقا للمنظور الفقهي الإسلامي، بحسب كلّ مذهب وإسقاطات ذلك على منحنى المشرّع الجزائري؛ حيث رأى المالكية ضرورة أن يكون البديل مالا حلالا غير مغصوب وإلاّ فعليه ردّه إلى أصحابه، كما لا يشترط فيه أن يكون محقق الوجود فيصحّ بالغرر كالجنين في بطن أمه الذي قد يولد حيّا أو ميتا، فضلا على أنّه قد يكون البديل غير معيّن من حيوان أو عرض أو ثمرة لم يبد صلاحها، وله الوسط من غير الموصوف لا الجيّد ولا الدّنيء من جنس ما خالعه به⁽²⁾.

ورأى الحنفية أنّ كلّ ما يصلح أن يكون مهرا، ويصحّ أن يكون البديل ثمارا لم تنضج بعد، كأن تقول له: "اخْتَلَعْتُ مِنْكَ عَلَى مَا تِلْدُ غَنِيّ أَوْ تَحْلُبُ أَوْ يَثْمَرُ نَخْلِي أَوْ شَجَرِي أَوْ عَلَى مَا أَرْتُهُ الْعَامَ أَوْ أَكْسِبُهُ أَوْ مَا اسْتَغِلُّ مِنْ عَقَارِي فَقَبِلَ الزَّوْجُ وَقَعَتِ الْفُرْقَةُ وَعَلَيْهَا أَنْ تَرُدَّ مَا اسْتَحَقَّتْ مِنَ الْمَهْرِ وَإِنْ وَلَدَتْ الْغَنَمُ وَأَثْمَرَ النَّخْلُ وَالشَّجَرُ أَمَّا وَقُوعُ الْفُرْقَةِ فَلَمَّا فَذَلِكَ يَقِفُ عَلَى قَبُولِ مَا يَصْلَحُ عَوْضًا صَحَّتْ تَسْمِيَتُهُ عَوْضًا"، وإن طلقته على مال معلوم فتطلق منه عليه وليست مُجبرة على الردّ له من المهر، وإن طلقها ولم تقبض مهرها بعد قبل سقوط حقّها فيه وإذا كان الطّلاق قبل الدّخول ولم يكن قد دفع لها المهر فلا حقّ لها فيه أمّا إذا كان سبق وأن دفعه لها فإنّها لا تُرجع له منه شيئا ويسقط حقّه في استرجاع نصف الصّدّاق⁽³⁾.

وربط الشّافعية بين الصّدّاق وبدل الخلع فيصحّ بكلّ ما يصحّ كمهر، وأن يكون المال صحيحا غير فاسد وأن تكمله بمهر المثل، وإن خالعه على مال كان يعلم أنّه فاسد يجعل من الطّلاق رجعيا وليس بائنا، وأن يكون البديل مقصودا ومقيّما، مقدورا على تسليمه وراجعا لجهة الزوج معلوما⁽⁴⁾.

كما اشترط الحنابلة أن يكون البديل حلالا وإلاّ فسد الخلع إذا كان الزوج يعلم بذلك، فإذا لم يكن يعلم

(1) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 9 ص 458.

(2) الدردير. الشرح الصغير. ج 2 ص 520 و 521.

(3) الكاساني. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ج 3 ص 149.

(4) الديمياطي. حاشية إعانة الطالبين. ج 3 ص 381.

صحّ الخُلع وعلى الزّوجة دفع قيمة البذل، ولا يشترط في أن يكون معلوماً ولا موجوداً، حيث يمكن أن يتّفقا على أن يكون شيئاً محتمل الوجود في المستقبل، وتصحّ المُخالعة على السّكن في دار ملك للزّوجة لمُدّة محدّدة⁽¹⁾.

بالرجوع إلى منحنى المشرّع الجزائري، فإنّه لم يوضّح بصفة مفصّلة الشّروط الواجب مراعاتها في بدل الخُلع من خلال المادة 54 من قانون الأسرة التي تضمّنت معناه بشكل عام وغير مضبوط، باعتمادها على معنى المقابل المالي وهو الأمر الذي يعدّو غير محدّد وفضفاض ويؤدّي إلى توسيع المعنى، ولكن الأصل أن يقتصر بدل الخُلع بالصّداق وما يجب أن يكون عليه الأخير في المواد التي عنت بتبيين شروطه من قانون الأسرة. فكلّ ما صحّ لأن يكون صداق كان محلاً للبذل، بأن يكون مالا مقبولا ومباحا من النّاحية الشرعية تماشياً مع المادة 14 من قانون الأسرة الجزائري⁽²⁾.

الفرع الخامس: أنواع بدل الخلع.

يجوز أخذ العوض في الخلع سواء كان نقداً، أو عيناً، أو منفعة⁽³⁾، أو حقّاً؛ فالنّقد: كالذهب، أو الفضة، أو الدّراهم ونحوه، والعين: كالدار، والسيّارة، والمزرعة ونحوها، والمنفعة: كأن ترضع ولده وتحضنه، أو يسكن دارها سنة مثلاً، وإسقاط الحقّ: كأن تعفيه عن نفقة ولده الصغير، وتحمّلها عنه⁽⁴⁾. واختلف الفقهاء بشأن أن يكون البذل مجهولاً، فرأى البعض أنّ العوض المجهول باطل باعتباره معاوضة، ولا تصحّ المُعاوضة كالبيع بالمجهول، وبذلك قال أبو بكر وأخذ به أبو ثور⁽⁵⁾، بينما رأى الأئمة الأربعة بجواز كون البذل مجهولاً.

فبخصوص صفة العوض، فالشافعي وأبو حنيفة يشترطان فيه أن يكون معلوم الصّفة ومعلوم الوجوب، بينما يجيز مالك المجهول الوجود والقدر المعلوم، مثل الآبق والشارد والثمرة التي لم يبد صلاحها، وحكى عن أبي حنيفة جواز الغرر ومنع المعلوم، ويعود سبب الاختلاف في ذلك يعود إلى تردّد البذل في البيوع أو الأشياء الموهوبة أو الموصى بها، فمن شمه بالبيع فيشترط فيه ما يشترط في البيوع وأعواضها، ومن شمه بالهباء لم يشترط ذلك.

(1) ابن قدامة. المغني. ج 8 ص 186.

(2) العربي بلحاج . الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. ج 1 ص 268 .

(3) - يمكن من النّاحية الفقهيّة أن يتمّ الاتّفاق بين طرفي العلاقة الخلعية على جعل البذل منافعا أو ماهو مقوم بالمال؛ فقد يكون ذلك من خلال إبراء الرّجل من دفع أجر الرّضاع، أو أجر الحضنة، أو نفقة الصّغير، أو نفقة العدة، أمّا من النّاحية القانونيّة فقد جاء النصّ على بدل الخلع مشتملا على المقابل المالي دون الإشارة إلى التّفاصيل الفقهيّة، ويظهر ذلك من خلال مبالغ مالية يُحكم بها وتكاد تكون مسقّفة وموحّدة على مستوى المحاكم الجزائريّة دون الالتفات إلى البدائل التي يمكن أن تكون منافعا.

- أغفل المشرّع الجزائري جزئيّة مهمّة تتجلّى في عدم جبره للمُخالعة برّد كامل صداقها وربطه بصداق المثل في حالة عدم الاتّفاق الذي يحكم به القاضي، وهو ما يعدّ هضمًا لحقّ المُخالع، خاصّة وأنّ واقعة الخلع في زمن النبي ﷺ يُستفاد منها أنّ المُخالعة أبدت استعدادها لرّد الحديقة (كامل صداقها).

(4) محمد بن إبراهيم بن عبد الله التّوحيدي. موسوعة الفقه الإسلامي . ط1. 2009. ج 4 ص 232 و 233.

(5) ابن قدامة. المغني. ج 8 ص 186.

كما اختلفوا فيما إذا وقع الخلع بما لا يحلّ كخمر أو خنزير، فقال مالك وأبو حنيفة: لا يستحقّ عوضاً، وقال الشَّافعي أنّه يجب لها مهر المثل⁽¹⁾.

ويصحّ الخلع عند الجمهور باستثناء الشَّافعية⁽²⁾ لا سيما إذا اشتمل البديل على غرر أو معدوم ينتظر وجوده، كجنين بطن حيوان تملكه الزَّوجة المُخالعة، وأيضاً مُضافاً لأجل مجهول خلافاً لمهر النِّكاح، فالخلع مبني على التوسّع والتَّسامح فيمكن أن يكون مشمولاً بجهالة لا يتحمّلها النِّكاح⁽³⁾.

أمّا المشرّع الجزائري فواضح أنّه لم يهتم بتفاصيل البديل، وإنّما اقتصر على جعله مقابلاً مالياً ومُرادفاً لصداق المثل في حالة عدم الاتِّفاق على البديل، وهو ما شملته المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري بنصّها على: "يجوز للزَّوجة دون موافقة الزَّوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي. إذا لم يتفق الزَّوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

الفرع السَّادس: مدى لزوم البديل في الخلع.

قد يحدث وأن يتمّ إيقاع الخلع بدون أداء البديل ويتربّط على ذلك أثر على الخلع، فقال المالكية⁽⁴⁾ بوقوع الخلع لأنّه طلاق والطلاق لا يفتقر إلى البديل فتبين المطلقة بالعوض أو بدونه، أمّا الحنفية فرأوا أنّه بتخلّف البديل فإنّ الطلاق يكون رجعيّاً، وذلك أنّ الطلاق لا يكون بائناً إلّا بملاسته للبديل، وخالف أبو يوسف في ذلك حيث رأى أنّه لا يقع به شيء إذا لم يكن فيه بدل⁽⁵⁾، ورأى الشَّافعية⁽⁶⁾ وقوع الطلاق ولو لم يسمّ لها بدلاً أو فسد البديل، ويستحقّ صداق المثل، فالمرأة مطالبة ببذل صداق المثل، بينما رأى الحنابلة⁽⁷⁾ في رأي أنّ البديل ركن في الخلع، وهذا إذا لم ينو به طلاقاً، أمّا إذا نواه فيقع رجعيّاً، فوقوعه مُرتبط بالنية، فإن لم ينو بالخلع طلاقاً لا يقع به شيء، بينما ووفقاً لرأي آخر اعتُبر البديل ركناً.

ويمكن اعتبار الخلع مُعاضة شبيهة بالتبرّع من طرف الزَّوجة، فلا يعتبر محض مُعاضة، لأنّ خلاص الزَّوجة لا يُعدّ مالا ولا يشبه المال شرعاً، وإنّما يمكن اعتبارها متبرّعة إذا قبلت الخلع في نظير المال المدفوع لزوجها، ولذلك يُشترط فيها أن تكون أهلاً للتبرّع للزوم البديل، فتكون بالغة، عاقلة، غير محجور عليها لسفه، أو مرض، أو غفلة⁽⁸⁾.

بالرجوع إلى المشرّع الجزائري فإنّه اشترط أداء البديل حتى يتمّ المضيّ في الخلع، ولم يُشِرْ إلى التَّفاصيل الفقهية حول نوع الطلاق بائناً كان أو رجعيّاً، بل إنّ الخلع سوف يتمّ تقريره بموجب حكم منشيء لطلاق

(1) ابن رشد. شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد. ج 3 ص 1402.

(2) الدردير. الشرح الصغير. ج 2 ص 520 و 521؛ ابن قدامة. المغني. ج 8 ص 186؛ الكاساني. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ج 3 ص 147؛ الشيرازي. المهذب في فقه الإمام الشافعي. ج 2 ص 73.

(3) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 9 ص 468.

(4) الدسوقي. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. ج 2 ص 351.

(5) ابن عابدين. حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبوحنيفة. ج 3 ص 441.

(6) الشيرازي. المهذب في فقه الإمام الشافعي. ج 2 ص 73.

(7) ابن قدامة. المغني. ج 8 ص 187.

(8) بدران أبو العينين بدران. الفقه المقارن للأحوال الشخصية. ج 1 ص 401.

بائن، وفقا لنص المادة 50 من قانون الأسرة، ولذلك فإنه لا يمكن تصوّر الحديث عن الخلع بدون بدل. لكن من خلال استقراء نهج المحكمة العليا، يتّضح أنّها جعلت من البديل مسألة محورية يجب على القاضي التطرّق لها، بل إنّ عرض البديل يعدّ مسألة وجوبية في قضيتة الخلع، وهو ما شمله القرار الذي نصّ على: "...ومن جهة أخرى فإنّ كلّ امرأة تُطالب بالخلع عليها وجوبا عرض مبلغ مالي مقابله وتبعاً لذلك لا يمكن القضاء بحفظ بدل الخلع لأنّ القاضي ملزم بالقضاء به يوم النطق بالطلاق خلعا سواء اتّفق الطرفان عليه أم اختلفا..."⁽¹⁾.

وتماشيا مع نصّ المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري، فإنه لا يمكن الزيادة عن صداق المثل في حالة عدم اتّفاق الطرفين على تحديد قيمة البديل، وهو ما شمله قرار المحكمة العليا الذي نصّ على: "حيث متى ذهب قضاة الموضوع إلى تحديد مقابل الخلع بمبلغ 30.000 دج لعدم اتّفاق الزوجان على تحديده، معتبرين عدم تجاوز هذا المبلغ لصداق المثل وقت صدور الحكم، فإنّهم طبّقوا صحيح القانون..."⁽²⁾.

بل اعتبرت المحكمة العليا كذلك أنّ مسألة قيمة البديل تكون محلّ استئناف وليس نقض، وهو ما عالجه القرار الذي نصّ على: "حيث أنّ النزاع حول بدل الخلع عند عدم الاتّفاق على مقداره هو من المسائل القابلة للاستئناف وليس للطعن بالنقض..."⁽³⁾.

الفرع السابع: الخلع بين الزوج والأجنبي.

قد يحدث أن يتّفق شخص مع الزوج على أن يخلع الزوج زوجته ويتولّى هذا الشّخص دفع بدل الخلع، ولا يتوقّف الخلع في هذه الصّورة على رضا الزّوجة، لأنّ الزوج يملك إيقاع الطّلاق بمحض إرادته، وبغير رضا الزّوجة، والبديل يجب على من التزم به⁽⁴⁾.

كما قيّد بعض المالكيّة⁽⁵⁾ بقصد تحقيق مصلحة أو درء مفسدة ترجع إلى ذلك الأجنبي، ممّا لا يقصد به به إضرار المرأة، وأمّا ما يفعله أهل الزّمان في بلدنا من التزام أجنبي ذلك وليس قصده إلّا إسقاط التّفقة الواجبة في العدة للمطلّقة على مطلقها، فلا ينبغي أن يختلف في المنع ابتداء وفي انتفاع المطلق بذلك بعد وقوعه نظر.

وقد يكون الخلع بين وليّ الصّغيرة وزوجها، بأن يخالعهما على صداقها، ولم يضمن له الأب البديل ويقبل، فإنّ الطّلاق يقع ولا يلزمها المال ولا يلزم الأب، ذلك أنّ الطّلاق المعلق يسري متى وُجد المعلق عليه، وهو قبول

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية - قرار صادر بتاريخ 2006/10/11 ملف رقم 365244- المجلة القضائية لسنة 2007 العدد الأول . ص 467.

(2) لحسين بن شيخ آث ملويا. المرشد في قانون الأسرة. ص 180. (أنظر: المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية - قرار غير منشور صادر بتاريخ 2009/12/10 ملف رقم 1453-).

(3) لحسين بن شيخ آث ملويا. المرشد في قانون الأسرة. ص 179. (أنظر: المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية - قرار غير منشور صادر بتاريخ 2009/09/16 ملف رقم 1009-).

(4) الرعي. مواهب الجليل لشرح مختصر خليل. ج 5 ص 275.

(5) الدّردير. الشّرح الصغير. ج 2 ص 530.

الأب، ولا يلزمها المال لأنها ليست أهلا للتبرع، ولا يلزم المال الأب لأنه لم يضمه، فإذا ضمّه لزمه⁽¹⁾. ولم يتضمن المشرع الجزائري هذه الجزئية من خلال قانون الأسرة، غير أنّ دور الولي يمكن أن يظهر بصفة عامة في حالة ما كانت الزوجة ناقصة الأهلية، وهوما شملته المادة 437 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بجعلها طلب الطلاق- في كل صوره ولا سيما الخلع منها- من أحد الزوجين القاصر يكون من طرف الولي بنصّها على: "عندما يكون الزوج ناقص الأهلية، يقدم الطلب باسمه من قبل وليّه أو مقدّمه بحسب الحالة"، وإن كانت المادة لم تبين تدخل الولي في تقديم البديل أو تقديره.

الفرع الثامن: أهلية الزوجة وأثرها على بدل الخلع.

إذا كانت الزوجة الصّغيرة مميّزة وخالعت زوجها، وتفهم معنى الخلع، وما يترتب عليه، وخالعتها زوجها على مال، وقبلت ووقع الطلاق عليها، وليست ملزمة بالمال، فوقع الطلاق مردّه أنّ الزوج علّقه على قبول المال، ولأنّ الزوجة مميّزة فقبولها صحيح شرعا في حق وقوع الطلاق، ولا يلزمها المال لأنّ العوض في الخلع في معنى التبرع، وهي ليست أهلا للتبرع في مالها⁽²⁾.

أمّا إذا كانت الصّغيرة غير مميّزة، فلا يقع خلعها لعدم وجود المعلق عليه وهو القبول ممّن هو أهله⁽³⁾، وأمّا إذا كانت كبيرة ومحجورا عليها لسفه، وقبلت المخالعة على مال من مالها وقع الطلاق، ولا تلزم الزوجة بالبديل، لأنّها محجور عليها لسفه، وبالتالي ليست أهلا للتبرع، وبخصوص وقوع الطلاق، فلأنّ الخلع في معنى تعليق الطلاق على قبول المرأة، وقد وُجد قبولها، وهي أهل له لبلوغها وعقلها، فيقع الطلاق، ورأى البعض أنّه لا يقع لارتباطه بالبديل بالرغم من أنّه طلاق معلق على قبولها⁽⁴⁾، كما رأى البعض الآخر أن يقع عليها الطلاق الرجعي، كالصّغيرة المميّزة التي ليست أهلا للتبرع ولكنها أهل للقبول⁽⁵⁾.

بالرجوع إلى التشريع الجزائري، فإنّ التصرف في المال يقتضي توافرا الأهلية المنصوص عليها في المادة 40 من القانون المدني التي نصّت على: "كلّ شخص بلغ سنّ الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسنّ الرشد تسع عشرة (19) سنة كاملة"، فالخلع هو تصرف مالي مُقتَرَن بتصرف شخصي، فالبديل يدخل في نطاق التبرعات بالرغم من أنّ الزوجة تدفعه لقاء طلاقها، وهو ما لا يمكن تقويمه بالمال، فلا يمكن اعتباره مُعاوضة لانتهاء الصّفة المالية عن الطلاق، ولأنّ المخالعة تُعتبر في حكم المتبرعة، فعليها أن تكون متمتعة بأهلية التبرع، توافقا مع المادة 203 من قانون الأسرة التي تنص على "يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل، بالغا تسع عشرة (19) سنة وغير محجور عليه"، مع اشتراط أن تكون في كامل قواها العقلية وفقا لنص المادة 86 من قانون الأسرة التي تنص على: "من بلغ سنّ الرشد ولم يحجر عليه

(1) سيّد سابق. فقه السّنة. ج 2 ص 301 و 303.

(2) بدران أبو العينين بدران. الفقه المقارن للأحوال الشّخصية. ج 1 ص 402.

(3) سيّد سابق. فقه السّنة. ج 2 ص 302.

(4) بدران أبو العينين بدران. المرجع السابق. ج 1 ص 402.

(5) سيّد سابق. المرجع السابق. ج 2 ص 303.

يعتبر كامل الأهلية وفقا لأحكام المادة 40 من القانون المدني"، فعلى هذا الأساس لا يمكن للزوجة المخالعة التصرف في أموالها إذا كانت صغيرة⁽¹⁾، قبل اكتسابها الأهلية القانونية الكاملة ببلوغها 19 سنة وسلامة عقلها من كل ما من شأنه أن يؤثر على تصرفاتها، وفقا للمادة 85 من قانون الأسرة التي نصت على: "تعتبر تصرفات المجنون، والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون، أو العته أو السفه".

أما إذا كانت قاصرا فيمكن تدخل الولي أو الوصي وتقييد تصرفاتها المالية، إعمالا لنص المادة 83 من قانون الأسرة والتي تنص على: "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة (43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت بين النفع والضّرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء".

فيجب أن تكون المرأة المخالعة متمتعة بكامل قواها العقلية وبالغة سن الرشد المدنية، فمن كانت صغيرة لا يمكن لها أن تتصرف في أموالها بخلع أو نحوه إلا بإذن من وليها، والمُراد به من كانت له الولاية على نفسها، وعلى هذا الأساس فمن كانت دون سن الرشد وخولعت، فإن الطلاق يسري وليست ملزمة ببذل المال مالم يوافق وليها على ذلك⁽²⁾، وهذا الطرح يفتح التناقض الذي وقع فيه المشرع الجزائري من حيث إعطائه أهلية التقاضي للقاصر بموجب الفقرة الثانية من المادة السابعة من قانون الأسرة التي نصت على "يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات"، والتي يستثنى منها الطلاق بأنواعه وآثاره المالية وربط ذلك بإجازة الولي بموجب نص المادة 437 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وبعد تصرف المرأة في بدل الخلع تصرفا ضارا ضررا محضا، على اعتبار أنه انتقاص من ذمتها المالية من دون مقابل مالي، ولأنها قاصر فقد أخضعها المشرع إلى سلطة النائب الشرعي بموجب المادة 44 من القانون المدني على: "يخضع فاقد الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة ضمن الشروط وفقا للقواعد المقررة في القانون"، مع مراعاة أحكام المادة 83 من قانون الأسرة التي تقيّد سلطة القاصر في تصرفه في ماله وترتب جزاء البطلان إذا كان التصرف ضارا به حتى بإجازة الولي.

ويمكن للقاضي أن يتدخل وفقا لسلطته القانونية لإجازة بعض التصرفات لاسيما الضرورية منها التي يمكن إدراج بدل الخلع في نطاقها، وفقا للمادة 84 من قانون الأسرة التي نصت على "للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله، بناء على طلب من له مصلحة، وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبرّر ذلك"، فتطبيقا لأحكام هذه المادة يمكن للزوج وهو صاحب مصلحة المطالبة ببذل الخلع من زوجته المميّزة وغير المكتملة الأهلية عبر القاضي، الذي سوف يرفع عنها القيد في التصرف في هذا الجزء من مالها حتى تفتدي نفسها، خاصة إذا ثار نزاع بينها ووليها، وفقا لنص المادة 83 من قانون الأسرة، ويمكن

(1) العربي بلحاج . الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. ج 1 ص 265 و 266.

(2) العربي بلحاج . المرجع نفسه. ج 1 ص 265 و 266.

تصوّر قيام الخلاف بين الزوجة الراغبة في الخلع ووليّها بشأن بدل الخلع الذي يرفضه الولي، فيمكن للقاضي في هذه الحالة الخاصّة أن يمنحها فرصة افتداء نفسها من مالها.

كما أنّ القانون لم يحلّ بين وقوع خلع المريضة مرض الموت لأنها تتمتع بأهلية كاملة، إلا إذا أثار المرض على عقلها، ومن ثمّ يمكن الحجر عليها، فتبقى ملتزمة ببذل البذل، على أن لا تتجاوز في ذلك ثلث تركتها إذا زاد عن صداق المثل، لأنّ الهبة مقيدة بالثلث لا سيما في الأمراض المخيفة، وفقا لنصّ المادة 204 من قانون الأسرة التي نصّت على: "الهبة في مرض الموت، والأمراض والحالات المخيفة، تعتبر وصية".

الفرع التاسع: إجراءات معالجة الاختلاف حول بدل الخلع.

يُعتبر الاختلاف بين طرفي الخلع حول البذل من بين أهمّ المسائل التي تعتري قضية الخلع بصفة عامّة من الناحية الفقهية والقانونية، وينبغي مراعاة بعض التفاصيل وفقا لما يلي:

أولاً: دور الزوجين في تحديد بدل الخلع.

قد يدّعي الزوج أنّه طلقها على مبلغ معيّن وتردّ عليه بأنّه طلقها مجّانا أو لم يطلقها، بانّت عليه ولا عوض له عليها إذا حلفت على نفيه، فسبب البيونة فلاقراره، وأمّا عدم لزوم البذل لأنّ الأصل براءة ذمّتها، وتستحقّ النفقة والكسوة والسكنى خلال العدة.

وإن اختلفا في جنس البذل، أو في قدره، ولا بينة لكليهما⁽¹⁾، فرأى المالكية⁽²⁾ أنّ القول قول الزوجة إن لم يكن هناك بينة، لأنّها مدّع عليها وهو مدّع، وهو ما رآه الحنفية، بينما قال الشافعي أنّهما يتحالفان كما في البيع، ويكون على الزوجة صداق المثل.

ثانياً: الإجراءات القضائية في تقدير بدل الخلع.

لقد عالج المشرّع الجزائري فكرة الاختلاف حول بدل الخلع من خلال المادة 54 من قانون الأسرة وجعل الأمر متروكا للقاضي الذي يحكم بما لا يُجاوز مهر المثل وقت صدور الحكم، حيث نصّت الفقرة الثانية منها على: "إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم"، وما يمكن ملاحظته أنّ المادة نصّت على المقابل المالي وبالتالي قصر المشرّع فكرة الاختلاف حول المبلغ المالي دون التلميح لجنسه أو إمكانية خروجه عن المال بمفهومه التقدي.

كما يتمثّل الإجراء القضائي وأهمّيته من خلال تقدير القاضي لكلّ التفاصيل الخاصّة بالخلع، وفقا لما أشارت إليه المادة 451 في فقرتها الأخيرة، حيث نصّت على: "يعاين القاضي أيضا ويكيّف الوقائع المعتمد عليها في طلب الخلع طبقا لأحكام قانون الأسرة".

كما سارت أيضا قرارات المحكمة العليا التي لم تجعل من مسألة الاختلاف حول البذل مشكلة في وقوع الخلع، وهو ما بيّنه القرار الذي نصّ على: "...ومن ثمّ فإنّ عدم موافقة الطّاعن على الخلع الذي تُطالب به

(1) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 9 ص 478.

(2) الدردير. الشرح الصغير. ج 2 ص 533: الكاساني. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ج 3 ص 150: الشيرازي. المهذب في فقه الإمام

الشافعي. ج 2 ص 76.

المطعون ضدها وعلى المقابل المالي المقترح من قبلها، لا يحرمها من مخالعة نفسها، ولا تحرمها أحكام الشريعة الإسلامية ولا القانون من ذلك مثلما يعتقد الطاعن خطأ. كما أنّ عدم موافقته لا يمنع القاضي من الحكم بالخلع ومن استعمال وممارسة سلطته التقديرية في تقدير وتحديد ذلك المقابل شريطة ألا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم، وبالتالي فإن قاضي محكمة الدرجة الأولى بقضائه بفكّ الرابطة الزوجية عن طريق الخلع وتقدير المقابل المالي له بمبلغ 50.000 دج وإلزام المطعون ضدها بدفعه للطاعن، يكون قد طبق القانون تطبيقاً سليماً، وسبّب حكمه بما فيه الكفاية...⁽¹⁾.

وقد أشار المشرع المغربي إلى إمكانية الاختلاف حول بدل الخلع، فيجدر بهما رفع المسألة للقضاء بغية محاولة الصلح بينهما، وفي حالة عدم تحققه يُحكم بالخلع وتقدير بدله، وتحديد معايير لذلك من حيث مبلغ الصداق، وفترة الزواج، وأسباب طلب الخلع، والحالة المادية للزوجة، وهو ما تضمنته المادة 120 من المدونة، وهو ما يعدّ أكثر تحقيقاً للعدالة بالمقارنة مع ما أخذ به المشرع الجزائري، الذي ربط عدم الاتفاق بما لا يتجاوز مهر المثل وقت صدور الحكم، وهو ما قد يؤلّد تعسفاً في حقّ الرجل.

فالقاضي في تقديره لمقابل الخلع ينبغي أن يعتمد على كلّ ما من شأنه ما يفيد في التقدير الصحيح من يُسر الزوجة وعسرها، وأن لا يكون الزوج قد أكرهها على الخلع، فتقدير الخلع ينبغي ألا يُفقر أو يثقل كاهل المرأة، وألا يكون سبباً لإثراء الزوج المتعسف⁽²⁾.

أشارت إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضدّ المرأة إلى أنّ الحقوق والمسؤوليات تكون متماثلة بين الزوجين، وفقاً للمادة 16 في فقرتها (ج) بنصّها على: تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضدّ المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية وبوجه خاص تضمن، على أساس تساوي الرجل والمرأة... (ج) نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه"، وعلى هذا الأساس فالزوجة تتحمّل نصيباً من المسؤولية إذا كان الطلاق بسببها ولا سيما إذا تعسّفت في استعمال حقّها في إيقاع الطلاق، وهو ما يوحي بأنّ الاتفاقية تدفع المرأة مثلاً برّد قيمة الصداق كما قبضته، على العكس من قانون الأسرة الذي تضمّن الإشارة إلى دفعها لصداق المثل فقط بتقدير من القاضي في حال عدم التفاهم على بدل الخلع.

المبحث الثالث: الأحكام المالية لانحلال الرابطة الزوجية المشتركة بين الطليقين في قانون الأسرة الجزائري.

يُعتبر فصل الحياة الزوجية عن طريق الطلاق وسيلة لإنهاء حالة الاحتقان السائدة بين الزوجين، وتتولّد جراء ذلك آثار مالية قد تتجاوز المرأة المطلقة لتشمل الطليقين، كاستئثارهما بمتاع بيت الزوجية على أساس

(1) لحسين بن شيخ آث ملويا. المرشد في قانون الأسرة. ص 179. (أنظر: المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار غير منشور صادر بتاريخ 2009/09/16 ملف رقم 1067-).

(2) محمد الأهر. شرح مدونة الأسرة. ص 265.

أتهما أسهما في تكوينه، فضلا عن تحديد كيفية توارثهما وعلاقة ذلك بالطلاق، وعلى هذا الأساس سيكون تفصيل هذا المبحث وفقا لمايلي:

المطلب الأول : استحقاق متاع بيت الزوجية.

المطلب الثاني: التوارث بين الطليقين.

المطلب الأول : استحقاق متاع بيت الزوجية.

تثار العديد من النزاعات بعد الطلاق بين الطليقين بخصوص متاع بيت الزوجية، في ظلّ تمسك كلّ منهما بأحقّيته في المتاع، وهنا تثار العديد من الإشكالات القانونية لدى القضاة، خاصّة في تكييف ماهو ذو استعمال رجالي أو نسائي أو مُشترك بينهما، ولذلك وجب التصدّي لكلّ هذه التّفاصيل وفقا لمايلي:

الفرع الأول: تعريف متاع بيت الزوجية.

الفرع الثاني: النزاع حول متاع بيت الزوجية.

الفرع الثالث: حلّ المشرّع الجزائري لمشكلة متاع بيت الزوجية.

الفرع الرابع: أهمية تقديم البيّنة في حلّ مشكلة متاع بيت الزوجية.

الفرع الخامس: الجوانب الإجرائية لنظر نزاع متاع البيت.

الفرع الأول: تعريف متاع بيت الزوجية.

حتى يمكن الخوض في التّفاصيل الخاصّة بالمتاع، ينبغي التّطرّق لمفهومه في المجالين اللّغوي والاصطلاحي، وصولا لمنهج المشرّع الجزائري في هذا الشّأن.

أولا: تعريف متاع بيت الزوجية في اللّغة.

المتاع في اللّغة هو كلّ ما يُنتفع به ويُرغب في اقتنائه كالطّعام، وأثاث البيت، والسّلع والأداة، والمال⁽¹⁾، وهو في اللّغة الفرنسية (Effets, Meuble)⁽²⁾ وفي الإنكليزية (Commodities)⁽³⁾، هو ما كان من لبّاسٍ أو حشوّ من فراش أو دثارٍ والرّيشُ المتاعُ والأموالُ⁽⁴⁾، ومتاع البيت تسميات أخرى منها: السّفاطةُ والبتّاتُ وظهّرةٌ وأهّرةٌ⁽⁵⁾.

من خلال التّعريف اللّغوي لمتاع البيت، يتّضح أنّها تتمحور حول ما يشمل البيت من مختلف المُستلزمات التي تقتضيها الحياة العادية.

(1) إبراهيم مصطفى وآخرون. المعجم الوسيط. ص 852.

(2) يوسف شلالة. المعجم العملي للمصطلحات القانونية والتجارية والمالية فرنسي عربي فرنسي. ص 193.

(3) محمد رواس قلعة جي؛ حامد صادق قنيبي. معجم لغة الفقهاء. ص 402.

(4) ابن منظور. لسان العرب. ج 6 ص 308.

(5) الصاحب بن عباد. المحيط في اللّغة. دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، ط2. 1988. ج 3 ص 149 و ص 359 و ج 1 ص 468.

ثانياً: تعريف متاع بيت الزوجية في الاصطلاح.

لم ترد تعاريف وافية في شأن متاع البيت من طرف قدامى الفقهاء، على أساس أنّ ذلك أمر واضح لديهم، فاعتمد معظمهم على ذكر ما يخصّ الرجال وما يخصّ النساء، وكلّها داخلية في إطار متاع بيت الزوجية، بل إنّ اهتمامهم إنصبّ حول طريقة فضّ النزاع الناشئ بشأنها، ومع ذلك يمكن إدراج ما يعتبر ضمن المتاع تفصيلاً تعريفياً حيث يشمل المتاع القباب والحجال والأسرة والفرش والوسائد والمرافق والبسط والمخاد وهي للمرأة والسيف والخاتم والعبد للرجل⁽¹⁾.

هذا بالإضافة إلى أنّ الفقهاء المعاصرين لم يولوا العناية الكافية لتعريف متاع بيت الزوجية، ربّما لوضوح معناه ولا سيما إمكانية إدراج أي مكوّن في نطاقه في ظلّ تزايد متطلّبات الحياة وتشعّبها، ومع ذلك يمكن تعريفه على أنّه: "أثاث المنزل وفرشه وأدوات بيت الزوجية"⁽²⁾، فواضح مدى الرّبط بين متاع بيت الزوجية والأثاث، وهما مفهومان متقاربان بالإضافة إلى الجهاز، مع تميّز كلّ واحد منها عن الآخر وشمولية معنى المتاع، فالأثاث أو متاع البيت يقصد به جميع الأدوات والأواني التي تستخدم في الدّار، كالفرش والبسط والآرائك والثلاجة والتلفاز وغيرها، أمّا جهازالعروس فيقصد به ماتحتاج إليه في وجهتها الجديدة واستعدادها للحياة الزوجية من ملابس وحليّ ومصوغات وأدوات زينة ومكياج⁽³⁾.

على نفس النّسق سار المشرّع الجزائري، حيث لم يخصّ متاع بيت الزوجية بتعريف نوعي، بل جاءت الإشارة إليه من خلال طرح فكرة حلّ النزاع، في صورة ما حدث خلاف بين الزوجين أو ورثتهما حول المتاع من خلال المادة 73 من قانون الأسرة التي تضمّنت مايلي: "إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بيّنة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال، والمشتراك بينهما يقسمانها مع اليمين".

فيمكن تعريف متاع البيت على النّحو التّالي: "هو مجموعة الأشياء الموجودة في منزل الزوجية والمخصّصة للاستعمال المشترك داخل المنزل من كلّ من الزوجين وباقي أفراد الأسرة مثل الأفرشة والأغطية وجهاز التلفزيون والبرّاد والكراسي والآرائك، وغيرها من الأشياء المستعملة في تجهيز قاعة الأكل وقاعة الجلوس، وغرفة النّوم وغيرها من الأشياء ذات الاستعمال المشترك، أمّا مالا يدخل ضمن الاستعمال المشترك ويخصّ الزوجة وحدها مثل المصوغات والملبوسات الشّخصية وأدوات الزّينة، أو يخصّ الزوج وحده مثل الكتب والأدوات المستعملة لممارسة المهنة كالطّيب والهندسة، وبنديقية الصّيد والسيارة فإنّه لا يمكن إدخالها في متاع البيت حتى لو كانت موجودة في بيت الزوجية"⁽⁴⁾.

(1) مالك بن أنس. المدونة الكبرى. دار صادر، بيروت، لبنان، 1998، ج 4 ص 267.

(2) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 9 ص 295.

(3) قيس عبد الوهاب الحياي. ملكية أثاث بيت الزوجية. دار الحامد للنشر والتّوزيع، عمّان، الأردن، ط1، 2007. ص 53، مع ملاحظة أنّ الدكتور وهبة الزحيلي قد سوّى بين مفهوم الجهاز والمتاع. (أنظر: وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 9 ص 295).

(4) عبد العزيز سعد. قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد. ص 148 و 149.

الفرع الثاني: النزاع حول متاع بيت الزوجية.

تعدّ مسألة التنازع حول متاع بيت الزوجية من أهمّ المشاكل التي تعترى الأسرة، سواء بين الزوجين خلال الحياة الزوجية أو بعد الطلاق، سواء تعلّق الأمر بالتطليقين أو بعد وفاة أحدهما وامتداد النزاع إلى ورثتهما، وعلى هذا الأساس ولأهميته كان الأمر سجالاً بين مختلف المذاهب الفقهية التي عالجت المسألة، وتأثر المشرّع الجزائري بهذا الاختلاف في صياغته للمادة 73 من قانون الأسرة التي ضمّتها حلّ النزاع، فرأى المالكية أنّه في صورة ما وقع خلاف بين الزوجين أو ورثتهما حول المتاع ولم تكن بيّنة على ذلك، فيراعى في ذلك نوعية استعمال الأغراض محلّ النزاع من حيث طبيعة الإستعمال، فما كان معتاداً للنساء من حليّ وغزل وثياب وخُمُر فيكون من نصيب المرأة مع يمينها، وما كان في العادة لاستعمال الرجال كالسلاح والكتب وثياب الرجال، فهي للرجل مع يمينه، وما كان مُشتركا بينهما كالذنانير والدراهم فهي للرجل مع يمينه⁽¹⁾.

على أثر المالكية رأى أبو حنيفة ومحمد من الحنفية في استحقاق الرجل ما يصلح له كالعمامة والقلموس والسلاح مع يمينه، لأنّ الظاهر يشهد له بذلك، وفي حال ما كانت الموجودات يصلح للنساء كالخمار أو الملحفة أو المغزل وغيرها فالقول قول الزوجة بيمينها، لأنّ الظاهر يشهد لها بذلك، وما كان يصلح لهما بالاشتراك من دنانير أو دراهم أو عروض أو بسط أو حبوب كان القول للزوج مع يمينه لأنّ يد الزوج على ما في البيت أقوى من يد المرأة، فيده يد تصرف وأمّا يد المرأة فيد حفظ، ويد التصرف أقوى من يد الحفظ، وقال أبو يوسف القول قول المرأة إلى قدر جهاز مثلها في الكلّ والقول قول الزوج في الباقي وقال زفر في قول المشكّل بينهما نصفان وفي قول آخر وهو قول مالك والشافعي الكلّ بينهما نصفان وقال ابن أبي ليلى القول قول الزوج في الكلّ إلّا في ثياب بدن الرجل وجهه قول الحسن أنّ يد المرأة على ما في داخل البيت أظهر منه في يد الرجل فكان الظاهر لها شاهداً إلّا في ثياب بدن الرجل لأنّ الظاهر يكتفي بها في ذلك ويُصدّق الزوج⁽²⁾، وإن مات أحدهما ووقع الاختلاف بين الحيّ منهما وورثة الميت، فهو للباقي منهما أيهما كان، وقال محمد رحمه الله تعالى ما يصلح للرجال والنساء فهو للرجل إن كان حيّاً ولورثته إن كان ميتاً، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى تُعطى المرأة جهاز مثلها والباقي للرجل، استحسّن ذلك وقال ابن أبي ليلى ما يصلح للرجال والنساء فهو للزوج إن كان حيّاً ولورثته إن كان ميتاً، وإنما لها ما يصلح للنساء خاصّة وعلى قول ابن شبرمة المتاع كلّ للرجل إلّا ما على المرأة من ثياب بدنّها وقال زفر رحمه الله تعالى المتاع بينهما نصفان، إذا لم تقم لواحد منهما بيّنة وهو قول مالك رحمه الله تعالى وأحد أقاويل الشافعي رضي الله تعالى عنه، وفي قول آخر المشكّل بينهما نصفان، وعلى قول الحسن البصري إن كان البيت بيت المرأة فالمتاع كلّ لها إلّا ما على الزوج من ثياب بدنّه، وإن كان البيت بيت الزوج فالمتاع كلّ له لأنّ يد صاحب البيت على ما في البيت أقوى وأظهر من يد غيره، ولأنّ المرأة ساكنة البيت فهي قعيدة فإذا كان البيت لها فالبيت مع ما

(1) بن جزي . القوانين الفقهية. ص 353.

(2) الكاساني. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع . ج 2 ص 308.

فيه في يدها⁽¹⁾.

هذا ورأى الشافعية تفصيل ذلك وفقا لما قال الشافعي رحمه الله تعالى إذا اختلف الرجل والمرأة في متاع البيت الذي هما فيه ساكنان وقد افترقا أو لم يفترقا أو ماتا أو مات أحدهما فاختلف ورثتهما أو ورثة أحدهما بعد موته فذلك كله سواء والمتاع إذا كانا ساكني البيت في أيديهما معا فالظاهر أنه في أيديهما كما تكون الدار في أيديهما أو في يد رجلين فيخلف كل واحد منهما لصاحبه على دعواه فإن حلقا جميعا فالمتاع بينهما نصفان لأن الرجل قد يملك متاع النساء بالشراء والميراث وغير ذلك والمرأة قد تملك متاع الرجال بالشراء والميراث وغير ذلك فلما كان هذا ممكنا وكان المتاع في أيديهما لم يجز أن يحكم فيه إلا بهذا لكيئونة الشيء في أيديهما وقد استحل علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه فاطمة رضي الله تعالى عنها ببدي من حديد وهذا من متاع الرجال وقد كانت فاطمة رضي الله تعالى عنها في تلك الحال مالكة للبدي دون علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه⁽²⁾.

كما واهتم الحنابلة بهذه الجزئية؛ فإذا كان الزوجان في البيت فافترقا أو ماتا فادعى كل واحد منهما ما في البيت أنه له أو ورثته، حكم بما كان يصلح للرجال للرجل وما كان يصلح للنساء للمرأة وما كان يصلح أن يكون لهما فهو بينهما نصفين، وجملة ذلك أن الزوجين إذا اختلفا في متاع البيت أو في بعضه فقال كل واحد منهما جميعه لي، أو قال كل واحد منهما هذه العين لي وكانت لأحدهما بينة ثبت له بلا خلاف، وإن لم يكن لواحد منهما بينة فالمنصوص عن أحمد أن ما يصلح للرجال من العمائم وقمصانهم وجبايهم والأقبية والطيلسة والسلاح وأشباه ذلك القول فيه قول الرجال مع يمينه، وما يصلح للنساء كحلمن وقمصن ومقانعن ومغازلن فالقول قول المرأة مع يمينها، وما يصلح لهما كالمفراش والأواني فهو بينهما، وسواء كان في أيديهما من طريق المشاهدة أو من طريق الحكم، وسواء اختلفا في حال الزوجية أو بعد البينونة، وسواء اختلفا أو اختلف ورثتهما أحدهما وورثة الآخر، قال أحمد: في رواية الجماعة منهم يعقوب بن بختان في الرجل يطلق زوجته أو يموت فتدعي المرأة المتاع، فما كان يصلح للرجال فهو للرجل، وما كان من متاع النساء فهو للنساء، وما استقام أن يكون بين الرجال والنساء فهو بينهما، وإن كان المتاع على يدي غيرهما، فمن أقام البينة دفع إليه وإن لم تكن لهما بينة أقرع بينهما فمن كانت له القرعة حلف وأعطى المتاع⁽³⁾.

بالرجوع إلى منعى المشرع الجزائري فقد فصل في المسألة من خلال تخصيص المادة 73 من قانون الأسرة التي نصت على: "إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال، والمشتراك بينهما يقسمانها مع اليمين"، فواضح مدى تأثر المشرع الجزائري بالتفاصيل الفقهية حيث جعل تقسيم المتاع بين الزوجين أو ورثتهما بحسب نوعيته من حيث الاستعمال، ففي صورة ما لم يملك أي طرف بينة على ادعائه

(1) السرخسي. المبسوط. ج 5 ص 213 و 214.

(2) الشافعي. الأم. ج 5 ص 95.

(3) ابن قدامة. المغني. ج 12 ص 225.

ملكية المتاع، فيمكن الاعتماد على قرينة بسيطة⁽¹⁾، فما كان ذو استعمال يخصّ النساء فهو للزوجة مع يمينها، وما كان للرجال من حيث الاستعمال فهو للرجل مع يمينه، وأمّا الأشياء ذات الاستعمال المشترك فهي بينهما بالسوية، على أنّ تقدير نوعية الأشياء من حيث الاستعمال يدخل في صلب اختصاص قضاة الموضوع، ولا رقابة للمحكمة العليا عليهم في ذلك وهو ما تضمنته قرار المحكمة العليا الذي نصّ على: "...كما أنّ تحديد نوعية المتاع أهو من المألوف للرجال أو النساء مسألة وقائع يخضع تقديرها لقضاة الموضوع وتخرج عن مجال مراقبة المحكمة العليا كجهة قانون..."⁽²⁾.

الفرع الثالث: حلّ المشرّع الجزائري لمشكلة متاع بيت الزوجية.

عمل المشرّع الجزائري على إيجاد حلّ لمشكلة متاع بيت الزوجية، والتي أصبحت معضلة حقيقية أمام المتقاضين، وكذلك القضاة الذين يجدون صعوبة في حلّها في ظلّ القصور التشريعي وحصر ذلك في مادة وحيدة لم تفّ بالغرض، فكانت المسألة عصيّة على الحلّ لا سيما وارتباطها بتأدية اليمين لمن لا يحوز بيّنة من الطرفين في ظلّ ضعف الوازع الديني، والجلف على أي شيء بغرض الإضرار بالطرف الآخر في ظلّ تنامي المشاكل البيئية داخل أسوار العلاقة الزوجية المتهترئة، فتحدث بذلك تجاوزات في حقّ أحد الطرفين، وبالرجوع لنصّ المادة 73 من قانون الأسرة فإنّها شطرت فكرة حلّ متاع بيت الزوجية إلى ثلاث جزئيات تتعلق بطبيعة ونوعية المتاع من حيث الاستعمال بين ماهو للنساء والرجال وماهو مشترك بينهما، وعلى هذا الأساس يمكن التفصيل كما يلي:

أولاً: الأشياء ذات الاستعمال النسائي.

تضمنت المادة 73 من قانون الأسرة والتي نظّمت حلّ النزاع حول متاع بيت الزوجية شرطا مهمّا للغاية، وهو عدم امتلاك الزوجة أو ورثتها لبيّنة تؤيد ادّعاءها حيث نصّت على: "إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بيّنة..."، فبإعمال المفهوم المخالف لهذه المادة، فإنّ من يملك البيّنة على ادّعاءه يحسم المسألة لصالحه بدون تأدية اليمين، وعلى هذا الأساس فإنّ الزوجة يمكنها أن تأخذ ما يدخل في نطاق الأشياء ذات الاستعمال النسائي بشرط تأدية اليمين، وفقا للجزء الخاص بذلك في صلب المادة 73 التي تضمنت "..." فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء"، ولذلك كان حريّا بالقاضي أثناء الفصل في قضايا المتاع أن يتأكّد من معرفة ماهو معتاد للنساء وماهو معتاد للرجال ولا يمكنه الاقتصار فقط على القائمة المقدّمة إليه من أحد الطرفين، وتوجيه اليمين إليه وإعطائه الحقّ بموجب اليمين ومنع من ينكر اليمين، لأنّ مسألة تحديد نوعية استعمال المتاع مسألة يفصل فيها قضاة الموضوع لعدم وجود معيار محدّد

(1) العربي بلحاج. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث إجهادات المحكمة العليا) أحكام الزواج. ج 1 ص 336.

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 2008/01/16 ملف رقم 417622 - المجلة القضائية لسنة 2008 العدد الأول. ص 263.

ومتفق عليه، بالاستناد إلى التقاليد المعروفة لدى إقليم المتقاضين⁽¹⁾.

على نفس النسق سارت المحكمة العليا في عديد قراراتها في علاج هذه الجزئية المتعلقة باستحقاق الزوجة ما يدخل في نطاق ماهو معتاد للنساء مع توجيه اليمين، ومن ذلك القرار الذي نصّ على: "من المقرر قانوناً أنه" في حالة النزاع على الأمتعة بين الزوجين، توجه اليمين الخاصة بالأمتعة للزوجة ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعدّ خرقاً للقانون". ولما كان ثابتاً- في قضية الحال- أنّ النزاع قائم بين الطرفين حول الأمتعة وأنّ الزوج طالب بتوجيه اليمين للزوجة على عدم ترك أمتعتها في البيت الزوجي...⁽²⁾، فواضح من خلال هذا القرار أنّه أسّس على اعتبار ماهو معتاد للنساء يجب أن يكون للزوجة مع يمينها.

كما أنّ المصوغ يعتبر في نظر المحكمة العليا ممّا يدخل في المعتاد للنساء من خلال القرار الذي نصّ على: "يعتبر المصوغ من متاع البيت ومن المعتاد للنساء. وأنّ القضاة بتطبيق القاعدة العامة للإثبات على المصوغ موضوع النزاع رغم عدم إنكار المطعون ضده يعدّ خطأ في تطبيق القانون"⁽³⁾.

كما أنّ عجز المطلقة عن تقديم البيّنة عن باقي الأثاث المتنازع عليه يفرض على قاضي الموضوع توجيه يمين الإنكار للمطلّق، وهو ما زكاه قرار المحكمة العليا الذي تضمّن مايلي: "...حيث أنّه بالرجوع إلى أوراق الملف ولا سيما منها الحكم المستأنف والقرار المنتقد يتبيّن بالفعل أنّ قضاة الموضوع لم يجيبوا الطّاعنة في عدد من دفعوها المتعلقة بالأثاث ولا سيما أنّهم أغفلوا فواتيرها التي قدمتها للمناقشة والتي أشارت إليها المحكمة والتي ثبت شراءها لبعض الأثاث هذا من جهة. ومن جهة أخرى لمّا عجزت المدّعية (الطّاعنة ماليا) عن تقديم البيّنة عن باقي الأثاث كان من المفروض على قضاة الموضوع توجيه الإنكار للمطلّق طبقاً للأحكام العامة بقواعد الإثبات ولما قضى قضاة الموضوع بخلاف ذلك جعلوا قرارهم عرضة للنقض جزئياً فيما يخصّ الأثاث محلّ النزاع"⁽⁴⁾، فمن خلال هذا القرار يتبيّن أهميّة تقديم البيّنة في الإدّعاء، وفي حالة عدم القدرة على ذلك يتوجّب المرور إلى تطبيق اليمين، وهو الأمر الذي أدّى بقضاة الموضوع للوقوع في خطأ عرض قرارهم للنقض فيما يخصّ الأثاث.

على أنّ الأمر يتعلق بالزوجة أو الزوج أو ورثتهما، وسريان نفس القاعدة في حالة الإدّعاء حول متاع بيت الزوجية، وهو ما تضمّن قرار المحكمة العليا في قرارها الذي نصّ على: "من المقرر شرعاً أنّ النزاع المتعلّق بمطالبة الزوجة لورثة زوجها المتوفّى الأشياء التي كانت ببيت الزوجية في حياته، نزاع يتعلّق بمتاع البيت والخلاف بين الزوجين وهما على قيد الحياة لا يختلف حوله بين ورثة كلّ منهما عند وفاة أحدهما أو وفاتهما

(1) عبد العزيز سعد. قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد. ص 149.

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1996/07/09 ملف رقم 134417 - (المجلة القضائية لسنة 1998. العدد الثاني. ص 72).

(3) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 2001/02/21 ملف رقم 256672 - (المجلة القضائية لسنة 2001. العدد الثاني. ص 304).

(4) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 2005/10/12 ملف رقم 335858 - (نشرة القضاة لسنة 2008. العدد 63. ص 335).

معا، فإنّ هذا النزاع تسري عليه قاعدة ما يصلح عادة للنساء دون وجود بيّنة للزوجة عليه تأخذه مع يمينها، ونفس الشيء يقال فيما هو خاص بالرجال، فإنّ كان ممّا يصلح لهما معا فيحلف كلّ منهما ويقتسمانه، ولا يختلف الأمر إلّا في كيفية الحلف، فالزّوجان يحلفان على البتّ والورثة يحلفون على العلم، ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ خرقا للقواعد الشرعية وتشويه لوقائع النزاع⁽¹⁾.

ثانيا: الأشياء ذات الإستعمال الرجالي.

في صورة ما ادّعى الزّوج أحقيّته بمتاع البيت، لا سيما إذا لم يملك الدليل على ذلك، وكان ما يدّعيه يدخل في نطاق ماهو معتاد للرجال، وهو ما تضمّنته المادة 73 من قانون الأسرة بنصّها على: "...والقول للزّوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال..."، وفي هذا الإتجاه نقضت المحكمة العليا قرارا قضى بتحليف الزّوج على شيء يدخل في نطاق ماهو معتاد لاستعمال النساء، حيث نصّ على مايلي: "إذا اختلف الزّوجان على متاع البيت وكان ممّا يصلح عادة للنساء يقضي بما تطلبه الزّوجة بعد تحليفها اليمين، وعليه يستوجب نقض القرارالذي فصل في نزاع متعلّق بمتاع البيت خاص بالنساء وحُكِمَ على الزّوج بتأدية اليمين"⁽²⁾.

غيرأنّ الأصل في الأشياء التي تدخل في تكوين متاع البيت هي ملك للزّوج، وهو ما تضمّنه قرارالمحكمة العليا الذي نصّ على: "من المقرّر شرعا وقانونا أنّ أثاث البيت مبدئيا هو ملك للزّوج، وللزّوجة أن تثبت عكس ذلك..."⁽³⁾، وفي نفس السّياق نص قرارقضائي آخرعلى مايلي: "من المستقرّ عليه قضاء وشرعا أنّ أثاث البيت المخصّص للاستعمال الثّنائي بين الزّوجين يعتبر ملكا للزّوج، مالم تثبت الزّوجة بالبيّنة أنّ ذلك ملك لها اشترته أو هو من جملة صداقها، فإذا لم يكن هذا فالزّوج أحقّ به مع يمينه، ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ مخالفا للقواعد الشرعية. ولما كان من الثّابت في قضية الحال- أنّ الزّوج لئن اعترف ببقاء أمتعة زوجته عنده، فإنّه استثنى منها أشياء ادّعاها لنفسه، فإنّ المجلس القضائي الذي اعتبرها استثناء الزّوج داخلا في أمتعة زوجته، وحكم له به دون أن يطالبها بإقامة البيّنة على أشياء هي للرجل يأخذها بعد حلفه يكون بقضائه كما فعل خالف القواعد الشرعية"⁽⁴⁾.

من خلال المقاربة مع نصّ المادة وقرارات المحكمة العليا يتّضح مدى الهوة الموجودة، حيث حصرت المادة 73 من قانون الأسرة استفادة الزّوج من المتاع المخصّص للرجال، بينما تجعل قرارات المحكمة العليا فضلا عن استفادته من المتاع المعتاد للرجال من المتاع المشترك، وفي هذا تأثر جليّ برأي المالكية وأبي حنيفة

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية – قرار صادر بتاريخ 1984/11/05 ملف رقم 32131 – (المجلة القضائية لسنة 1990 . العدد الثاني. ص 78).

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية – قرار صادر بتاريخ 1986/01/27 ملف رقم 39775 – (المجلة القضائية لسنة 1989 . العدد الأول. ص 108).

(3) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية – قرار صادر بتاريخ 1987/12/07 ملف رقم 44858 – (المجلة القضائية لسنة 1990 . العدد الرابع. ص 50).

(4) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية – قرار صادر بتاريخ 1989/01/16 ملف رقم 52212 – (المجلة القضائية لسنة 1991 العدد الثالث. ص 55).

من الناحية الفقهية.

على العكس من نظرة المحكمة العليا الجزائرية، فإنّ المشرع المغربي اعتبر أنّ الجهاز الذي تُحضّره الزّوجة هو ملك لها بموجب نصّ المادة 34 من المدوّنة، على أساس أنّ الصّدّاق ملك للزّوجة، وليس مقابلا لما ستجهّز به البيت، وفي حالة التّنازع يتمّ الالتجاء إلى القواعد العامة للإثبات، فإذا لم تكن لكليهما بينة، يُعتمد إلى تكييفه حسب الاستعمال ممّا هو مخصّص للرجال أو للنساء مع توجيه اليمين، والشّيء المشترك بينهما يتمّ اقتسامه مع اليمين⁽¹⁾.

كما أشار المشرع التونسي إلى نفس التّفصيل تقريبا بخصوص تقاسم متاع بيت الزّوجيّة بين الزّوجين أو ورثتهما، وانفرد بجزئية تخصّ الهدايا التي يقدّمها كلّ طرف بعد انعقاد الزّواج، حيث يتمّ استرداد ما بقي منها قائما ولو تغيّر، شريطة أن يكون الفسخ قبل البناء بسبب الطّرف الآخر، وإذا تمّ الدّخول فلا يمكن استرجاعها وفقا للفصل 28 من المجلّة.

فإذا كان الدّخول قد تمّ فلا استرجاع للهدايا مهما كانت صورة الطّلاق، أمّا إذا لم يتمّ الدّخول فالهدايا ترجع إذا كان الطّلاق بسبب من أهديت له الهدايا إذا كان هو المطّالب بالطلاق إنشاء، أو إذا كان المدّعى عليه في قضية طلاق للضرر⁽²⁾.

ثالثا: الأشياء ذات الإستعمال المشترك.

في الشّطر الأخير من المادة 73 من قانون الأسرة الجزائري، تضمّن المشرع فكرة الأشياء ذات الاستعمال المشترك بنصّه على "...والمشتركات بينهما يقسمانها مع اليمين"، فواضح مدى اتّجاه المشرع الجزائري إلى جعلها بالسويّة بين الزّوجين أو ورثتهما باليمين، وعلى الأساس يظهر دور القضاة في تكييف ما يصلح للاستعمال المشترك، وعالجت المحكمة العليا هذه الجزئية بعدد القرارات التي منها الذي نصّ على: "من المقرر قانونا أنّ المشتركات بين الزّوجين في الأمتعة يتقاسمانها مع اليمين. ومتى تبين - في قضية الحال - أنّ القرار المنتقد لما أيد الحكم القاضي على الطاعنة بأداء اليمين بشأن الأمتعة باستثناء التلفزة والمقياس الذهبي والراديو لأنها لم تقدّم بشأنها أيّ دليل رغم أنّها تعتبر من الأمتعة المشتركة قد خالف أحكام المادة 73/2 من ق.أ..."⁽³⁾.

فمن خلال نصّ المادة 73 من قانون الأسرة وهذا القرار يتّضح أنّ المشرع قد تأثر بالاختلافات الفقهية في تقسيم متاع بيت الزّوجية، ولا سيما عندما يتعلّق الأمر بالمشتركات بينهما، فقد خالف المالكية وجنح لرأي الحنابلة من خلال جعلها بالتساوي بينهما، على أنّ ذلك ليس مطلقا ويصطدم مع قرارات أخرى للمحكمة

(1) عبد الكريم شهبون. الشّافي في شرح مدوّنة الأسرة. ج 1 ص 98.

(2) ساسي بن حليمة. محاضرات في قانون الأحوال الشخصية. ص 127 و128.

(3) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1998/04/21 ملف رقم 189245 - (المجلة القضائية عدد خاص ص242).

العليا⁽¹⁾ التي جعلت ما في بيت الزوجية ذو الاستعمال المشترك بين الزوجين من نصيب الزوج مع يمينه.

من خلال تحليل هذا المنحى، تتجلى مدى التناقضات التي سارت عليها المحكمة العليا، وفي هذا هضم لحقّ الزوجة التي قد تكون ساهمت في تكوين واقتناء الأشياء ذات الاستعمال المشترك في بيت الزوجية، ولم تكن لها بينة بسبب حسن نيّتها، وعدم تخيلها لإمكانية حدوث الانفصال ونشوء النزاع حول أمتعة قد اشترتها فعلا من أموالها، بل إنّه في الكثير من البيوت ما تكون الزوجة مساهمة بقسطٍ وافر في تجهيزه، وعلى هذا الأساس وجب إعادة النظر في قرارات المحكمة العليا، وتكييفها ونصّ المادة 73 من قانون الأسرة.

الفرع الرابع: أهمية تقديم البينة في حلّ مشكلة متاع بيت الزوجية.

من خلال تفحصّ المادة 73 من قانون الأسرة، والتي أعطت الحلّ للنزاع حول متاع البيت الزوجية إلّا أنّها أوردت شرطا جوهريا لتطبيق مقتضياتها، ويتعلّق الأمر بانتفاء البينة لأطراف النزاع كالزوجين أو ورثتهما، حيث نصّت على: "إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة..."، ومن هذا المبدأ تتجلى قيمة البينة في حالة وجودها، أو انتفاءها في حسم المسألة الخلافية حول متاع بيت الزوجية.

أولا: تطبيق المبدأ العام للإثبات في حلّ النزاع حول متاع بيت الزوجية.

لا يمكن تطبيق نصّ المادة 73 من قانون الأسرة في كلّ الحالات المطروحة على القضاء لا سيما في ظلّ وجود البينة على ملكية الشيء محلّ النزاع، ويراعى في تطبيقها شروط ثلاثة هي⁽²⁾:

1- أن ينصبّ موضوع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما حول متاع البيت حقيقة، أي إخراج كلّ ما من شأنه أن يتنافى وهذا المتاع.

2- أن يكون سبب النزاع الواقع بين الطرفين متمحورا حول أحقية أحدهما في ملكية الشيء محلّ النزاع، وادّعاء كلّ طرف ملكيته الخاصة.

3- أن تنعدم الحجّة الكتابية لكلّ طرف حول ما يدّعيه سواء كانت الحجّة كتابية أو شفهيّة.

فإذا انعدمت هذه الشّروط الثلاثة، كأن يكون الادّعاء مُنبئيا على وجود المتاع أو عدم وجوده، أو تقديم الزوج ادّعاء على أساس أنّ الزوجة قد أخذت الشيء محلّ النزاع عند مغادرتها بيت الزوجية وتنفي هي ذلك، أو في صورة ما ظهر أنّ لأحدهما بينة كتابية أو شفهيّة أو قرينة قويّة على ما يدّعيه، فلا مجال لتطبيق نصّ المادة 73 بل يجب تطبيق قواعد الإثبات المنصوص عليه في القانون المدني وفقا لمبدأ "البينة على من يدّعي واليمين على من أنكر".

على هذا الأساس فإنّه يشترط في أن يكون المتاع محلّ النزاع موجودا ومُشاهدا للجميع، لا سيما طرفا الخصومة، حيث لا يُتصوّر قيام خصومة حول متاع ليس له وجود أو ينكره أحد الزوجين أو الورثة، ففي

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية - قرار صادر بتاريخ 1987/12/07 ملف رقم 44858- (المجلة القضائية لسنة 1990. العدد الرابع. ص 50): المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية - قرار صادر بتاريخ 1989/01/16 ملف رقم 52212- (المجلة القضائية لسنة 1991. العدد الثالث. ص 55).

(2) عبد العزيز سعد. قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد. ص 150 و151.

مثل هكذا حالات يقدم أحد المطلّقين قائمة بالأثاث وغالبا ما تكون المرأة هي صاحبة الطّلب القضائي، باعتبار أنّ متاعها قد تركته في بيت الزوجية والذي هو في العادة مملوك أو مستأجر من المطلّق، فعند مُطالبة صاحب الدّعى تمكينه من المتاع ويمكن التمييز بين حالتين⁽¹⁾:

أ- إدّعاء المدّعي بوجود المتاع محلّ النّزاع ويقرّ المدّعي عليه بوجوده وفقا لتفاصيل المدّعي، فيُحكم لصالح المدّعي ويلتزم المدّعي عليه بأداء المتاع للمدّعي دون تطبيق لقاعدة الإثبات لأنّ الأمر لم يعد محلّ نزاع.

ب- إدّعاء المدّعي وجود المتاع وإنكار المدّعي عليه وجود المتاع محلّ النّزاع، ففي هذه الحالة تطبّق قاعدة "البينة على من ادّعى واليمين على من أنكر"، وفي هذا الإطار يقدم المدّعي دليلا لإثبات وجود المتاع، فإذا عجز عن ذلك توجّه يمين النّفي للمدّعي عليه لإنكار وجود المتاع، على أن تكون اليمين المؤدّاة يمينا متمّمة⁽²⁾.

من هذا المنطلق فإنّ توجيه اليمين قبل التأكّد من وجود المصوغ المتنازع عليه يعدّ خطأ قانونيا، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا من خلال قرارها الذي نصّ على: "إنّ الاكتفاء بتوجيه اليمين قبل معرفة وجود أو عدم وجود محلّ النّزاع المدّعي به يعتبر بمثابة انعدام التّسبيب وخرق واضح لقواعد الإثبات. ومتى تبين في قضية الحال- أنّ الطّاعن قد أنكر وجود المتاع والمصوغ لديه وطلب إقامة البينة على دعوها والتمس الاستماع إلى شهادة ابن المطعون ضدها، فإنّ قضاة الموضوع لما لم يجيبوا على طلب الطّاعن وبادروا بتوجيه اليمين المتمّمة للمطعون ضدها دون التأكّد من وجود المصوغ فإنّهم عرضوا قرارهم للقصور في التّسبيب وخرقوا قواعد الإثبات"⁽³⁾، فلا يمكن المرور إلى توجيه اليمين المتمّمة إلّا بعد التأكّد من الوجود الفعلي للمتاع محلّ النّزاع.

هذا وذهب قرار آخر للمحكمة العليا إلى النّص على أنّه في حالة إنكار أحد الطّرفين وجود المتاع محلّ النّزاع، فلا مجال لتطبيق المادة 73 من قانون الأسرة لأنّ تطبيقها مشروط باعترافه بوجود المتاع فعليا، وفي ذلك نصّ القرار على ما يلي: "من المقرّر قانونا أنّه في حالة إنكار وجود المتاع المطالب به عند أحد الزّوجين تطبّق القاعدة العامة في الإثبات "البينة على من ادّعى واليمين على من أنكر". ومتى تبين في قضية الحال- أنّ المدّعي عليه أنكر وجود الأمتعة المطالب بها، فإنّ قضاة الموضوع لما قضوا برفض الدّعى في الحال دون تطبيق القاعدة العامة في الإثبات بتوجيه اليمين للمدّعي عليه خالفوا القانون وعرضوا قرارهم لانعدام الأساس القانوني"⁽⁴⁾.

(1) باديس ديابي. آثار فك الرابطة الزوجية. ص 97.

(2) عبد العزيز سعد. قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد. ص 151.

(3) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية - قرار صادر بتاريخ 1992/10/27 ملف رقم 86097- (اجتهاد قضائي لسنة 2001. عدد خاص. ص 233).

(4) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية - قرار صادر بتاريخ 1999/03/16 ملف رقم 216836- (المجلة القضائية لسنة 2001. عدد خاص. ص 245).

على ذلك اعتمدت المحكمة العليا مبدأ عاما تضمنته القرار التالي: "إنّ عجز المطلقة عن تقديم البيّنة عن باقي الأثاث المتنازع عليه يفرض على قاضي الموضوع توجيه يمين الإنكار للمُطلّق"⁽¹⁾.

وقد تُثار مشكلة أخرى، تتمثل في عدم إنكار الزوج وجود المتاع داخل البيت ولكنّه يدّعي أخذها لهذا المتاع، فيتم تطبيق القاعدة العامة للإثبات، على أن يصبح المطلق مدّعيًا جديدًا بأخذ المطلقة المتاع فتصبح بذلك المطلقة المدّعية مدّعي عليها، وعلى المدّعي إثبات ما يدّعيه فإذا استطاع ذلك حُكم لصالحه، وأمّا إذا لم يستطع فيتمّ توجيه اليمين للمطلقة على نفي ما يدّعيه المطلق ويُحكم لصالحها، وهو ما شمله قرار المحكمة العليا الذي تضمن مايلي: "متى كان من المقرّر شرعا أنّ البيّنة على من ادّعى واليمين على من أنكر، ومن ثم فإنّ ادّعاء الزوج أنّ زوجته أخذت مصوغها وأثاثها وملابسها يصير مكلفًا بإثبات دعواه، فإنّ عجز فالقول للزوجة مع يمينها، ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يُعدّ مخالفًا للقواعد الشرعية. لمّا كان من الثابت- في قضية الحال- أنّ الخلاف حول متاع البيت لم يكن حول وجوده بمنزل الزوجية، بل كان حول ادّعاء الزوج أن زوجته أخذته معها، فإنّ قضاة الموضوع حينما عكسوا الأمر، ووجهوا اليمين للزوج وهو مدّع وتلقوها منه مباشرة، يكونوا بقضائهم كما فعلوا خالفوا القواعد الشرعية. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"⁽²⁾.

كما أنّ توجيه اليمين يجب أن يكون في إطار القواعد العامة للإثبات، وهو ما شمله القرار التالي: "...حيث بالفعل وبالإطلاع على القرار المطعون فيه المؤيّد للحكم المستأنف يتبيّن أنّه رغم أنّ هناك خلاف في بعض الأثاث الذي يدّعي به الطّاعن ومحلّ إنكار من طرف المدّعي عليها في الطّعن إلّا أنّه وجهت اليمين للمدّعي خلافاً للقواعد العامة للإثبات فضلاً على أنّه لم يتمّ ذكر الأثاث في منطوق القرار ومتى تبين كذلك فإنّ الوجه المثار مؤسّس ويتعيّن معه نقض القرار المطعون فيه جزئياً فيما يخصّ الأثاث"⁽³⁾.

وأكدت المحكمة العليا على ضرورة توجيه اليمين في صورة إنكار وجود المتاع، من خلال القرار الذي نصّ على: "...وحيث أنّ قضاة الموضوع بمجلس قضاء البويرة قد خرقوا المبادئ العامة لوسائل الإثبات لأنّه كان من المفروض توجيه يمين إنكار للمطعون ضده في حالة تصميمه على أنّ الطّاعنة لم تترك بمنزله أية متاع لها بمنزل الزوجية وعجز هذا الأخير عن التّدليل على ما تدّعيه الأمر الذي يجعل القرار المطعون فيه منعدم الأساس القانوني ومشوباً بالقصور ممّا يجعله عرضة للنقض والإبطال"⁽⁴⁾.

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 005/10/12 ملف رقم 335858 - (نشرة القضاء لسنة 2008 . العدد 63 . ص 335).

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1988/07/18 ملف رقم 50075 - (المجلة القضائية لسنة 1990 . العدد الرابع . ص 64).

(3) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 2005/05/18 ملف رقم 330950 - (نشرة القضاء لسنة 2011 . العدد 66 . ص 307).

(4) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1995/01/31 ملف رقم 112673 - (نشرة القضاء لسنة 1996 . العدد 49 . ص 237).

ثانيا: ثبوت البيّنة في الإدعاء بشأن حلّ النزاع حول متاع بيت الزوجية.

إنّ أهم مبدأ تقوم عليه أحكام المادة 73 من قانون الأسرة وتطبيقاتها هو انعدام البيّنة على ما يدّعيه كل طرف، ومن هذا المنطلق وبإعمال المفهوم المخالف، فمن يملك البيّنة يحسم المسألة لصالحه، أيّا كان تكييف الأشياء محلّ النزاع من حيث المعتاد للرجال أو للنساء أو المشتركة بينهما، فإذا أقام الزوج البيّنة على أن ما يدخل في نطاق المعتاد للنساء هو ملك له كلباس نسائي أو مصوغ أو مواد تجميل فيحكم له به، وبالمقابل إذا أقامت الزوجة البيّنة على ملكيتها لما هو للرجال أو من المعتاد أن يشتريه الرجل كغرفة النوم، أو التلفاز، أو آلة الغسيل فإنّه يُحكم لها به⁽¹⁾.

وتُعدّ إقامة الدليل بالفواتير وشهادة الشهود من أهم الوسائل لذلك، وفقا لقرارات المحكمة العليا والتي منها مايلي: "حيث أنّ الوجه المشار إليه يأخذ على القرار مخالفة قواعد الفقه المتعلقة بالأثاث، كما أنّ تسببه كان غير كاف، باعتبار أنّ المطعون ضدها إذ زعمت أنها تركت أثاثها في بيت الزوجية يقع عليها عبء الإثبات. فلمّا لم تقدّم أية بيّنة وبما أنّه أنكر هذه الدعوى وطلب الإثبات وسماع الشهود، فإنّ القضاة قد ارتكبوا خطأ عندما لم يستجيبوا له. وحيث أنّه يستفاد من تلاوة القرار أنّ قضاة الاستئناف حكموا للمدّعية بمجرد دعوى قدّمتها، دون أن تدعمها بأية بيّنة ولم يقدّم أية حجة كانت، بالرغم من أنّ المدّعي ينكر ذلك بشدّة، ويعرض سماع شهود لإثبات العكس، وبما أنّ القضاة لم يجيبوا عن هذا بالقبول ولا بالرفض، فإنّهم لم يسبّبوا قرارهم تسببا كافيا ممّا يجعله قابلا للنقض في هذه المسألة"⁽²⁾، فواضح من خلال هذا القرار مدى تأثير الشهود في أطوار هذه القضية، حيث نقضت المحكمة العليا القرار بسبب عدم تقديم المدّعية عليها أي دليل، وبالمقابل عرض الرجل السماع للشهود ولم يؤخذ طلبه بعين الاعتبار فكان مصير القرار النقض.

هذا ولقد تضمّن القانون المدني أهمية الاعتماد على الشهود في المادة 336 التي نصّت على: "يجوز لإثبات بالشهود أيضا فيما كان يجب إثباته بالكتابة:- إذا وجد مانع مادّي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي- إذا فقد الدّائن سنده الكتابي لسبب أجنبي خارج عن إرادته".

على أنّ حسم النزاع بواسطة الفواتير يستدعي أيضا الاعتماد على وسيلة أخرى للإثبات، وفقا لنص القرار التالي: "إنّ النزاع القائم بين الزوج والزوجة حول الموضوع الذي عجزت عن إثبات ملكيته لها بالكتابة، سوى حيازتها لفاتورات بعض دون تشكيل دليل كامل لملكيتها له، فإنّه يجوز حسمه بوسيلة إثبات أخرى كاليمين المتّمة، مادامت الفاتورات المذكورة تشكّل لصالح الزوجة قرينة جديرة التعزيز بهذه الوسيلة إلى جانب المصوغات التي تنسب عادة بالنظر إلى طبيعتها إلى المرأة. والقضاة الذين استبعدوا طلب الزوجة الرّامي إلى تثبيت إدّعائها بالشهود، يكونون قد خالفوا أحكام المادة 335 قانون مدني التي تجيز في مقتضياتها حسم النزاع

(1) باديس ديابي. آثار فك الرابطة الزوجية . ص 103 .

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية – قرار صادر بتاريخ 10/03/1971- (النشرة القضائية لسنة 1972. العدد الثاني. ص33).

بوسائل إثبات غير الكتابة، ممّا يتعيّن معه نقض القرار⁽¹⁾.

الفرع الخامس: الجوانب الإجرائية لنظر نزاع متاع البيت.

يتمّ الالتجاء لليمين في صورة انعدام بيّنة تحسم التّنازع حول أحقيّة المدّعين بمتاع بيت الزوجية في نطاق المادة 73 من قانون الأسرة الجزائري، وعلى هذا الأساس تتجلى أهمية اليمين في هذه المسألة ولذلك وجب التّدقيق في الجوانب الإجرائيّة الخاصّة بها وفقا لما يلي:

أولا: طبيعة اليمين في حلّ مشكلة متاع بيت الزوجية.

تُعتبر اليمين المنصوص عليها في إطار المادة 73 من قانون الأسرة جوهريّة في حسم التّنازع بين المدّعين، فكانت معايير توجيهها مضبوطة وفقا لقرار المحكمة العليا الذي نصّ على: "من المقرّر أنّ الشريعة الإسلامية قد نظّمت مسألة اليمين في متاع البيت، وجعلتها على من يقوى ضده العرف ويؤيده القرائن، واليمين على هذا النحو يمين شرعية لا يتوقّف آداؤها على طلب الخصم"⁽²⁾، فواضح أنّ آداؤها غير مرتبط بطلب أحد الخصوم وظهور ضرورة فرضها من القاضي لحسم التّنازع في ظلّ عدم إمكانية وجود بيّنة، وهو ما جاء في نطاق قانون الإجراءات المدنية والإدارية ولا سيما المادة 189 التي نصّت على: "يأمر القاضي بأداء اليمين في المواد التي يجوز فيها ذلك"، ولعلّ مسألة التّنازع حول متاع البيت من أهمّ المسائل التي يتمّ الفصل فيها بطريق اليمين، ويمكن للقاضي توجيهها تلقائيا وفقا لنصّ المادة 348 من القانون المدني بنصّها على: "للقاضي أن يوجّه اليمين تلقائيا إلى أي من الخصمين ليبني على ذلك حكمه في موضوع الدّعى أو في ما يحكم به. ويشترط في توجيه هذه اليمين ألا يكون في الدّعى دليل كامل، وإلاّ تكون الدّعى خالية من أي دليل".

هذا وبينت المحكمة العليا طبيعة اليمين الموجهة للخصوم من خلال القرار الذي نصّ على: "إنّ الاكتفاء بتوجيه اليمين قبل معرفة وجود أو عدم وجود محلّ التّنازع المدّعى به يعتبر بمثابة انعدام التّسبيب وخرق واضح لقواعد الإثبات. ومتى تبين- في قضية الحال- أنّ الطّاعن قد أنكر وجود المتاع والمصوغ لديه وطلب إقامة البيّنة على دعواها والتمس الاستماع إلى شهادة ابن المطعون ضدها، فإنّ قضاة الموضوع لما لم يجيبوا على طلب الطّاعن وبادروا بتوجيه اليمين المتمّمة للمطعون ضدها دون التّأكّد من وجود المصوغ فإنّهم عرضوا قرارهم للقصور في التّسبيب وخرقوا قواعد الإثبات"⁽³⁾، فقد وقع قضاة الموضوع في خطأ لما قضوا بتوجيه اليمين المتمّمة وكان حريّا بهم توجيه اليمين الحاسمة، وقد بيّنت ذلك أيضا المحكمة العليا من خلال النصّ على طبيعة اليمين⁽⁴⁾ في القرار الذي نصّ على: "من المقرّر قانونا أنّ الدّفع المتعلّق بعدم تأدية اليمين

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية - قرار صادر بتاريخ 1982/05/19 ملف رقم 22117- (المجلة القضائية لسنة 1989، العدد الأول . ص 29).

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية - قرار صادر بتاريخ 1982/01/25 ملف رقم 26545- (النشرة القضائية لسنة 1982. عدد خاص . ص 243).

(3) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية - قرار صادر بتاريخ 1992/10/27 ملف رقم 86097- (اجتهاد قضائي لسنة 2001 . عدد خاص. ص 233).

(4) الغوثي بن ملحة. قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء. ص 127.

بشأن الأثاث لا يعتبر طلبا جديدا، بل هو دفع يثار في أي درجة من درجات التقاضي، ومن ثمّ فإنّ القرار المتّقد عندما اعتبر توجيه اليمين التي أثارها الطّاعن طلبا جديدا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون. ممّا يستوجب نقض القرار جزئيا فيما يتعلّق بالأثاث⁽¹⁾.

في ظلّ عمومية النصّ القانوني المتضمّن حلّ النزاع حول المتاع سلك القضاة أنماطا عديدة لتوجيهها حيث يعمل البعض على أن يصدر حكما تمهيديا⁽²⁾، وهو ما جسّده قرار المحكمة العليا بنصّه على: "من المقرّر أنّ الحكم باليمين هو من الأحكام التّمهيدية التي لا تنهي الخصومة كلّها أو بعضها، والطّعن مخصّص للأحكام التّهائية، ولذا فالطّعن في اليمين غير مقبول قانونا"⁽³⁾.

كما أنّ أداء اليمين يُراعى فيها تقدير القاضي لحيثيات القضية وأحوال المتقاضين، ولا سيما عدم وجود تعسّف في أدائها وهو ما شمله القرار القضائي الذي نصّ على: "من المقرّر قانونا، أنّ يجوز للقاضي منع توجيه اليمين، إذا كان الخصم متعسّفا في ذلك، ومن ثمّ فإنّ النّعي على القرار المطعون فيه بخرق القانون غير سديد..."⁽⁴⁾، وهو ما يتماشى مع نصّ المادة 190 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي نصّت على: "يحدّد الخصم الذي يوجه اليمين لخصم آخر الوقائع التي ينصبّ عليها اليمين. يحدّد القاضي في الحكم، الوقائع التي ستؤدّي بشأنها اليمين، سواء كان طلب توجيه اليمين من أحد الخصوم أو قرّره القاضي تلقائيا..."

فعلى القاضي أن يبذل جهدا معتبرا حتى يتأكّد من أنّ موضوع النزاع هو متاع البيت، والتّمييز بين الاستعمال الخاص بالرجال والنّساء والمُشترك بينهما، كما يجدر به أن يفرّق بين النزاع حول ملكية المتاع وبين تركه في بيت الزوجية والإدعاء بأخذه⁽⁵⁾.

ثانيا: الإطار المكاني والزّمني لأداء اليمين.

لم يتضمّن قانون الأسرة الجزائري تفاصيل خاصّة بتحديد الإطار المكاني لتأدية اليمين، ولكن بالرجوع إلى قرارات المحكمة العليا فإنّها تضمّنت بعض الجوانب في هذا الخصوص ومن ذلك القرار الذي نصّ على: "متى كان من المقرّر في أحكام الشّريعة الإسلامية أنّ اليمين تؤدّي بالمسجد وجوبا، فإنّه من المتعيّن عند القضاء بأداء اليمين تحديد مكان أدائها بالمسجد، وكذلك تحديد الصّيغة والأشياء المؤدّاة عليها..."⁽⁶⁾، فيتّضح جليا أنّ المسجد هو المكان المخصّص لأداء اليمين، وهو الطّرح الذي يتعارض مع قرار آخر للمحكمة العليا بنصّه

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية – قرار صادر بتاريخ 19/07/1994 ملف رقم 109595 – اجتهاد قضائي لسنة 2001. عدد خاص . ص 236.

(2) عبد العزيز سعد . قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد. ص 152 .

(3) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية والمواريث – قرار مؤرخ في 11/12/1989 ملف رقم 55667 – غير منشور. أنظر (العربي بلحاج. قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02/05 ومعلقا عليه بمبديء المحكمة العليا خلال أربعين سنة 1966-2006. ص 406).

(4) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية – قرار صادر بتاريخ 30/04/1990 ملف رقم 59335 – (المجلة القضائية لسنة 1992. العدد الثاني. ص 29).

(5) عبد العزيز سعد . المرجع السابق. ص 153 .

(6) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية – قرار صادر بتاريخ 06/10/1986 ملف رقم 41752 – (المجلة القضائية لسنة 1989. العدد الثاني. ص 21).

على: "لكن وحيث أنّ الأصل في أداء اليمين تؤدّى أمام الهيئة القضائية، ومادام قضاة الاستئناف درجة ثانية تخوّل لهم تحويل مكان اليمين أو إلغائها حسب ما يراه القضاة ضمّاناً لبلوغ نتيجة الأحكام القضائية..."⁽¹⁾.

يمكن لمس مدى التناقض الذي تضمّنه القراران، من حيث النصّ على المسجد ثمّ النصّ على الهيئة القضائية وهذا يتماشى وقانون الإجراءات المدنية، ولا سيما المادة 193 التي حدّدت مكان تأدية مكان أدائها حيث نصّت على: "تؤدّى اليمين من قبل الخصم الذي وُجّهت له شخصياً بالجلسة أوفي المكان الذي يحدّده القاضي، وإذا برّر استحالة التنقل يمكنه أداءها إمّا أمام قاضٍ منتدب لهذا الغرض، ينتقل إلى مكان تواجده بحضور أمين الضبط، وإمّا أمام المحكمة الموجودة بدائرة اختصاصها محل إقامته. تؤدّى اليمين حسب الحالة، بحضور أمين الضبط أو المحضر القضائي الذي يحرّر محضراً عن ذلك، وفي جميع الحالات، تؤدّى بحضور الخصم الآخر أو بعد صحّة تبليغه".

كما وحدّدت المادة 191 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الإطار الزماني لتأديتها بنصّها على: "يحدّد القاضي اليوم والساعة والمكان الذي تؤدّى فيه اليمين. يحدّد القاضي الصّيغة التي تؤدّى بها اليمين، ويُنبّه الخصوم إلى ما يترتب من عقوبات جزائية على اليمين الكاذبة".

في نفس النطاق جاءت المادة 346 متضمّنة ما ينتج عن إثبات كذب اليمين وإمكانية تحصيل الطّرف المتضرّر من التعويض حيث نصّت على: "لا يجوز للخصم إثبات كذب اليمين بعد تأديتها من الخصم الذي وُجّهت إليه أو ردّت علمهن على أنّه إذا أثبت كذب اليمين بحكم جنائي، فإنّ للخصم الذي أصابه ضرر منها أن يطالب بالتعويض، دون إخلال بما قد يكون له من حقّ في الطّعن على الحكم الذي صدر ضده".

كما ويلاحظ من خلال المواد المتضمّنة لأداء اليمين خلوها من الصّيغة التي تشمل "أحلف بالله العظيم"⁽²⁾ وفي ذلك إحالة ضمنية لقضاة الموضوع لتوجيهها للخصوم بغرض التلقّف بها بما يتلاءم والعقيدة الإسلامية.

ثالثاً: نكل اليمين.

خلال تأدية اليمين أثناء الخصومة بسبب التنازع حول متاع البيت، قد توجه اليمين لأحد الأطراف وينكل عليها وفي ظلّ قصور قانون الأسرة الجزائري يمكن تطبيق المادة 347 من القانون المدني التي تنصّ على: "كل من وُجّهت إليه اليمين فنكل عنها دون ردّها على خصمه وكل من رُدّت عليه اليمين فنكل عنها، خسر دعواه".

من خلال هذه المادة يتّضح أنّ أحد الطّرفين قد يخسر دعواه إذا رفض تأدية اليمين إذا طُلب منه ذلك ولم يردّها على خصمه، وإذا ماؤدّت إليه اليمين فنكل عنها خسر دعواه كذلك.

ويجب أثناء توجيهها أن يراعي القضاة عدم التعسّف في تأدية اليمين، لا سيما غياب الوازع الديني عن

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية - قرار صادر بتاريخ 2000/05/23 ملف رقم 245065 - (المجلة القضائية لسنة 2002. العدد الأول. ص 298 و299).

(2) عبد الرحمان بربارة. شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ص 161.

بعض الأفراد الذين يحلفون ويقسمون بأغلظ الأيمان على غير حق، ولذلك تظهر مسؤولية القضاة في الإحاطة التامة بهذا الإجراء ولا سيما شخصية كل من المتنازعين وظروف كل قضية إضافة إلى تنبيههم على جزاء اليمين الكاذبة كما أشارت إليه المادة سابقاً⁽¹⁾، وقد زكت المحكمة العليا المبدأ الناص على أن من ينكل عن تأدية اليمين يخسر دعواه من خلال الاجتهاد القضائي: "حيث أنه بالفعل فإن المطعون ضدها قد وجه لها القاضي الأول تأدية اليمين تطبيقاً للمادة 73 المذكورة على أنها تركت في بيت الزوجية أثاثها ومصوغها وقد امتنعت عن تأدية اليمين الموجهة وذلك يعتبر نكولاً منها، فالمادة 347 من القانون المدني تعتبر الناكل خاسراً لدعواه وهو مبدأ يشمل اليمين الحاسمة واليمين المتممة المنصوص عليها بالمادة 348 من القانون المدني، ومعروف أن اليمين على معنى المادة 73 من قانون الأسرة هي يمين متممة. وعليه فالوجه مؤسس، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار جزئياً فيما يخص الأثاث والمصوغ"⁽²⁾.

على أن ردّ اليمين مقتصر على اليمين الحاسمة دون المتممة، وهو ما تضمنته المادة 349 من القانون المدني: "لا يجوز للخصم الذي وجه إليه القاضي اليمين المتممة أن يردّها على خصمه".
رابعاً: تقدير قيمة متاع البيت.

تعدّ المادة 73 من قانون الأسرة الجزائري شحيحة للغاية من حيث علاجها لمختلف تفرعات النزاع المنصبّ حول متاع بيت الزوجية ولا سيما مسألة تقييمه، وعلى ذلك فقد تضمن القانون المدني جزئية متعلقة بدور اليمين في تحديد قيمة الشيء المدعى به وذلك في صلب المادة 350 التي نصّت على: "لا يجوز للقاضي أن يوجه إلى المدعي اليمين المتممة لتحديد قيمة المدعى به، إلا إذا استحال تحديد هذه القيمة بطريق أخرى. ويحدّد القاضي حتى في هذه الحالة حدّاً أقصى للقيمة التي يصدّق فيه المدعي بيمينه".

بالرجوع إلى اجتهادات المحكمة العليا فإنّ مهمة تقدير قيمة المتاع هي للقضاة وهو مانصّ عليه القرار القضائي: "من المقرر قانوناً أنّه إذا اختلف الزوجان حول قيمة الأمتعة، فللقاضي سلطته في تحديد ذلك، ولا يجوز له تحويل سلطته إلى شخص آخر، ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ مخالفاً للقانون. ولما كان من الثابت- في قضية الحال- أنّ المجلس القضائي لمّا ترك الأمر بيد المنقذ لتحديد قيمة الأمتعة يكون قد تخلّى عن عمل يخصّه وحده، وبقضائه كما فعل خالف القانون..."⁽³⁾.

على أنّ هذا القرار يصطدم بقرار آخر للمحكمة العليا ويتعارض معه في أنّه أرجع مسألة التقييم إلى أهل الخبرة من الصّناع والحرفيين باعتبار أنّ مسألة التقييم هي مسألة فنية ولا تخضع لتقدير القضاة، وهو ما أشار إليه من خلال النص على: "تقييم مبالغ المتاع مسألة فنية ترجع فيها إلى أهل الخبرة من الصّناع والتّجار

(1) العربي بلحاج. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. ج 1 ص 395.

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1992/04/14 ملف رقم 86097- (المجلة القضائية. عدد خاص. ص 233).

(3) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1988/04/11 ملف رقم 49302- (المجلة القضائية لسنة 1992. العدد الثاني. ص 40).

وليس إلى القضاة. إنَّ القرار المنتقد مشوب بانعدام الأساس القانوني لما أيدَّ الحكم المستأنف القاضي بدفع مبالغ مالية مقابل متاع المطعون ضدها، لأنَّ تقرير المتاع مسألة فنية يتولاها أهل الخبرة من صناع وتجار خاصة عندما تكون المبالغ المطلوبة مرتفعة وليس القضاة. مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه⁽¹⁾. إنَّ القضاة ومن خلال القرار القضائي الجاعل من مسألة تقييم المتاع من مهامهم، لا يعكس طرحا واقعيا على أساس أنَّ هؤلاء قد لا يكونون على دراية كافية بأسعار الأمتعة، وحتى في صورة محاولتهم تقييمها فإنَّهم سيرجعون إلى ذوي الخبرة في هذا المجال، ولذلك كان القرار الجاعل من أهل الخبرة لتقييم المتاع طريقة فعالة أكثر لتناسقها مع تحيين الأسعار ونوعية الأمتعة.

خامسا: الاختصاص القضائي لنظر التنازع حول متاع بيت الزوجية.

يُمكن إقامة دعوى متاع بيت الزوجية أمام قسم شؤون الأسرة، وفقا للمادة 423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي نصَّت على: "ينظر قسم شؤون الأسرة، على الخصوص في الدعاوى الآتية: 1- الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية وانحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة...".

و يُراعى في ذلك الاختصاص الإقليمي الذي حصره المشرع في المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها بيت الزوجية، وحددته المادة 426 التي نصَّت على: "تكون المحكمة مختصة إقليميا... 6- في موضوع متاع بيت الزوجية بمكان وجود المسكن الزوجي".

و يجوز لأحد الزوجين أن يرفع دعوى استعجالية بغرض إلزام الزوج الآخر بتسليمه الأشياء الشخصية واللازمة للاستعمال اليومي أو المهني، لا سيما الملابس المتروكة في بيت الزوجية، لحين الفصل في قضية متاع البيت⁽²⁾، وفقا لنص المادة 57 مكرر من قانون الأسرة.

وقد اشتملت إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على ضرورة المساواة في تسيير الممتلكات بين الزوجين، وهو ما أشارت إليه المادة 16 التي نصَّت على: "تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية وبوجه خاص تضمن، على أساس تساوي الرجل والمرأة... (ح) نفس الحقوق لكلا الزوجين فيما يتعلق بملكية وحيازة الممتلكات، والإشراف عليها، وإدارتها، والتمتع بها، والتصرف فيها، سواء بلا مقابل أو مقابل عوض ذي قيمة"، ويمكن ملاحظة تميّز المشرع الجزائري عن هذه الاتفاقية من حيث تفاصيل حلّ مسألة التنازع بين الزوجين بخصوص المتاع.

فيتّضح مدى مواكبة المشرع الجزائري لهذه المادة التي يمكن أن تطبّق تفاصيلها حول متاع البيت بين الزوجين، إلّا أن المشرع قد زاد من تفاصيل حل النزاع بينهما.

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1999/05/18 ملف رقم 222651 - (المجلة القضائية عدد خاص ص 248).

(2) العربي بلحاج . الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث إجهادات المحكمة العليا) أحكام الزواج. ج 1 ص 337.

المطلب الثاني: التوارث بين الطليقين.

يمكن امتداد الميراث بين الزوجين حتى بعد فكّ عرى الزوجية، ويختلف ذلك باختلاف طبيعة الطلاق بين رجعي وبائن، وعلى هذا الأساس وجب التوضيح في شأن هذه المسألة ومنهج المشرع الجزائري في هذا الخصوص وفقا للتفصيل التالي:

الفرع الأول: ميراث المطلقة رجعيًا التي لم تنقض عدتها.

الفرع الثاني: ميراث المطلقة التي انقضت عدتها.

الفرع الثالث: ميراث المطلقة طلاقًا بائنًا أثناء مرض الموت المؤدي لوفاة المطلق.

الفرع الأول: ميراث المطلقة رجعيًا التي لم تنقض عدتها.

إنّ طلاق الرجل زوجته طلاقًا رجعيًا لا يحول دون توارثهما، على اعتبار إمكانية الرجعة مادامت في العدة سواء كان ذلك في المرض أو الصحة بغير خلاف⁽¹⁾، وهذا مروي عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم، وذلك لأنّ الرجعية زوجة يلحقها طلاقه وظهاره وإيلاؤه ويملك إمساكها بالرجعة بغير رضاها ولا ولي ولا شهود ولا صداق جديد⁽²⁾، وهذا لأنّ الرجعية هي زواج حكيم مادامت العدة مستمرة.

الفرع الثاني: ميراث المطلقة التي انقضت عدتها.

إذا كان طلاق الزوج لزوجته في الصحة رجعيًا أو بائنًا وانقضت العدة فإنّه لا توارث بينهما بالإجماع⁽³⁾، ولا يحدث التوارث بينهما أيضًا إذا كان الطلاق بائنًا، حتى لو كانت الوفاة في العدة لعدم اتهام الزوج من الفرار من توريث المطلقة⁽⁴⁾.

فالطلاق إذا كان بائنًا بينونة صغرى أو كبرى وكان المطلق في صحته، فينتج عن ذلك أن لا توارث بين الزوجين ولو كان الموت في العدة، لأنّ الطلاق البائن يقطع الزوجية التي تعتبر أحد مسببات الميراث من يوم وقوعه، فلا يستطيع مراجعتها إلّا بعقد ومهر جديدين، فما دام قد وقع الطلاق من الزوج في صحته وتنتفي بذلك شبهة الفرار من ميراثها فلا ترثه⁽⁵⁾.

الفرع الثالث: ميراث المطلقة طلاقًا بائنًا أثناء مرض الموت المؤدي لوفاة المطلق.

إذا طلق الزوج زوجته وكان ذك في مرض أصابه قامت به شبهة الفرار من توريثها نكايًا فيها وعقابًا لها، فإذا كان طلاقه إيّاها برضاها أو طلبها فلا ترثه بالإجماع⁽⁶⁾، فضلًا على أنّه لو ماتت المطلقة وهي في العدة فلا

(1) نصر سلمان؛ سعاد سطحي. أحكام الطلاق . ص 255.

(2) ابن قدامة. المغني . ج 7 ص 217.

(3) ابن قدامة. المرجع نفسه . ج 7 ص 217.

(4) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 378.

(5) أحمد فراج حسين. أحكام التركات والميراث في الفقه والقانون. ص 116.

(6) نصر سلمان؛ سعاد سطحي. أحكام الطلاق . ص 255.

يرثها، لأنه أسقط حقه بطلاقه إياها⁽¹⁾ عقابا له بنقيض قصده.

غير أنّ مسألة ميراثها منه هي محلّ اختلاف بين الفقهاء، على عدّة آراء يمكن التّفصيل فيها كما يلي لتبيين منحي المشرّع الجزائري:

أولا: الرّأي الأول: يرى الشّافعية أنّ المطلّقة طلاقا بائنا لا تستحقّ ميراثه، حتى ولو وقع في مرض الموت على أساس أنّ رابطة الزوجية أحد أسباب الميراث قد انقضت بالطلاق البائن سواء وقع في الصّحة أو المرض⁽²⁾.

ثانيا: الرّأي الثاني: رأى الحنفية إلى أنّ المطلّقة طلاقا بائنا في مرض الموت ترث مطلقها لحين انقضاء عدّتها، وفي ذلك عقاب للمطلق على فراره من ميراثه إياها على أن لا يتجاوز ذلك عدّتها فإذا انقضت لا ترثه⁽³⁾، ومن المعلوم أنّ المرأة يحلّ لها الزّواج بعد انقضاء عدّتها، لذلك "تستحقّ ميراثه وذلك صحيح من المريض كما لو باع ماله بمثل قيمته فأما قبل انقضاء العدة يكون هذا إبطالا لحقّها بغير عوض لأنّها لا تقدر على التزوّج"⁽⁴⁾.

ثالثا: الرّأي الثالث: رأى المالكية أنّ المطلّقة من قبل رجل في مرض الموت طلاقا بائنا ترثه حتى إذا انقضت عدّتها وتزوّجت من غيره معاملة له بنقيض القصده⁽⁵⁾.

رابعا: الرّأي الرابع: رأى الحنابلة أنّ المطلّقة من مريض في مرض الموت طلاقا بائنا ترث شريطة أن لا تزوّج غيره⁽⁶⁾.

بالمقابل قد تعتبر الزّوجة فائزة من ميراث زوجها، وذلك في صورة ما كانت الفرقة بسببها في مرضها المؤدي للموت وماتت قبل انتهاء عدّتها، فتعامل بنقيض قصدها ويورث نكايه فيها إذا ماتت وهي في العدة، ولا ترثه إذا مات قبلها ولو كان موته قبل انقضاء عدّتها، فحقّ الزّوج يتعلّق بما لها في مرض موتها، كما يتعلّق حقّها بما له في مرض موته، ومن صور فرارها أن يفوّضها في الطّلاق البائن فتطلّقه في مرض موتها، أو كان لها خيار الفسخ فاختارت نفسها في مرض موتها⁽⁷⁾.

بالرجوع إلى منحي المشرّع الجزائري في هذه المسألة، فإنّه لم يضمّن قانون الأسرة الإشارة إلى طلاق المريض مرض الموت، وبالرجوع إلى قرارات المحكمة العليا فإنّها تضمّنت الحديث على أنّ مرض الموت لا يؤثّر على صحّة الطّلاق وجاء ذلك من خلال القرار الذي نصّ على: "حيث أنّ المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزّوج من إيقاع الطّلاق وعليه فالطلاق المحكوم به صحيح شرعا وقانونا بخلاف الميراث، فإنّ حقّ الطّاعنة فيه ثابت شرعا إذا طلقت في مرض الموت، لأنّه لا يوجد أيّ تلازم بين العدة والحقّ في الميراث حتى ولو وقعت

(1) أحمد فراج حسين. أحكام التركات والموارث في الفقه والقانون. ص 117.

(2) الشافعي. الأم. ج 5 ص 254.

(3) ابن الهمام الحنفي، فتح القدير شرح الهداية. ج 3 ص 150.

(4) السرخسي. المبسوط. ج 6 ص 156.

(5) القرافي. الذخيرة. ج 13 ص 14.

(6) ابن قدامة. المغني. ج 7 ص 177.

(7) أحمد فراج حسين. أحكام التركات والموارث في الفقه والقانون. ص 119.

الوفاة بعد مدة طويلة من انقضاء عدتها لاحتمال أنّ طلاقه لها كان بنية حرمانها من الميراث، عملا بقاعدة المعاملة بنقيض القصد⁽¹⁾.

لكن ومن خلال نص المادة 132 التي نصّت على: "إذا توفّي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدّة الطلاق، استحقّ الحيّ منهما الإرث"، يتّضح أنّ المشرّع قد أعطى الحقّ للتوارث بين الزوجين قبل صدور حكم الطلاق أو خلال فترة العدّة.

بالرجوع إلى المادة 50 من قانون الأسرة التي نصّت على: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصّح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد"، فيتّضح أنّ الحكم المنثني للطلاق يجعله بائنا، بدليل أنّ من يريد مراجعة زوجته بعد صدوره يحتاج لعقد جديد، ومع ذلك يورث المشرّع الجزائري في نطاق هذه المادة المطلقة طلاقا بائنا بشرط أن لا تنتهي عدتها.

واضح أنّ المشرّع الجزائري لم يفرّق بين أنواع الطلاق، فالمرأة في نظره وارثة ولو كانت مطلقة طلاقا بائنا بينونة كبرى مادامت لم تنته عدتها، الأمر الذي يعدّ خروجاً عن كلّ المذاهب الفقهية على اعتبار أنّ الفقهاء جوّزوا ميراث المطلقة رجعيًا، لكونها لا زالت زوجة حكمية، ولكنهم لم يجوّزوا ميراثها في الطلاق البائن لانعدام الزوجية بسببه⁽²⁾.

إنّ حالة توريث المطلقة طلاقا بائنا لا يمكن أن يكون لها وجود من الناحية الفقهية إلّا في حالة طلاق المريض مرض الموت، حيث وبالرغم من الاختلافات الفقهية إلّا أنّ هناك من يورثها وبين من ينكر عليها ذلك، وكذا ربط البعض منهم ميراثها بانتهاء العدّة وهو رأي الحنفية الذي سايره المشرّع الجزائري من خلال نصّ المادة 132، وابتعد بالتالي عن رأي المالكية.

على نفس النّسق سارت قرارات المحكمة العليا من حيث النصّ على ميراث المطلقة طلاقا بائنا خلال فترة العدّة، وهو ما جاء في القرار التالي: "من المقرّر قانوناً عند وفاة أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق، أن يستحقّ الحيّ منهما الإرث وللزوجة نفس الحقّ إذا حصلت الوفاة أثناء عدّة طلاقها، ويعتبر الفقهاء الزوجة التي طلقها زوجها ومات وهي في عدتها أن تعتدّ بأبعد الأجلين وتستحقّ منها في الميراث وتعتبر وكأنّها مازالت زوجة حتى ولو كان الطلاق صحيحاً. أمّا إذا طلقها وهو مريضاً مرض الموت ولو كان طلاقاً بائناً ومات أثناء عدتها وثبت أنّه قصد حرمانها من الميراث، فإنّها تعتدّ بأبعد الأجلين، الطلاق والوفاة، وعليه فالطعن في الحكم الحالي في غير محلّه ويُرفض"⁽³⁾، فمن خلال هذا النصّ يتّضح أنّه يتمّ توريثهما على قدم المساواة إذا تمّت وفاة أحدهما خلال العدّة، فضلاً على أنّ للزوجة الحقّ في الميراث إذا طلّقت البتّة في مرض موت الرّجل

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية – قرار صادر بتاريخ 1999/04/25- ملف رقم 179696 – (الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية – عدد خاص سنة 2001- ص 65).

(2) محمد محده . التراكبات والمواريث دراسة مدعّمة بالقرارات والأحكام القضائية. ص 71.

(3) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية – قرار صادر بتاريخ 1993/12/21- ملف 101444 – (الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية – المجلة القضائية لسنة 1995 . العدد الثالث. ص 21).

وأن تعتدّ بأبعد الأجلين، غير أنّ من محاسن هذا القرار هو تضمّن فكرة ثبوت القصد من الحرمان من الميراث وهي مسألة جوهرية في توريثها، لا سيما أنّه قد يطلقها لسبب معيّن دون قصد الفرار من ميراثها، وإن كانت هذه الجزئية تعتبر داخلية نفسية ومن الصّعب إثباتها وللقضاة البحث فيها بروية.

كما أنّ القرار السابق للمحكمة العليا تضمّن أنّ مرض الموت ليس مانعا لإيقاع الطّلاق، غير أنّ المطلقة خلاله لها الحقّ في الميراث خاصّة إذا كان طلاقها بائنا معاملة للمطلق بنقيض القصد.

فيلاحظ أيضا أنّ المشرّع قد خالف الآراء الفقهية في حرمان المطلّق طلاقا بائنا، في مرض موته من ميراث طليقته إن حدث وماتت هي قبله، بل مكّن المشرّع له ميراثها وهذا لا يستقيم.

على كلّ حال يجب التّفكير في إعادة صياغة المادة النّازمة لهذه الجزئية من خلال أفراد مادة بعينها لطلاق المريض مرض الموت أو بتعديل نصّ المادة 132.

إنّ مشكلة المشرّع الجزائري في قانون الأسرة أنه لم يُدرج الطّلاق الرّجعي، وما يترتّب عليه من آثار مالية ولا سيما التّوارث بين الزوجين على اعتبار استمرار الرّؤية الحكمية وإمكانية التّوارث بينهما، وفق النّظرة الفقهية واصطدام ذلك مع ما يفرضه قانون الأسرة من ضرورة صدور الطّلاق بموجب حكم قضائي، والذي يجعل من الطّلاق بائنا بدليل وجوب استحضار عقد جديد لمن أراد مراجعة زوجته، وبالمقابل يورث المشرّع المطلقة البائنة في نطاق القانون خلال العدة وهو أمر لا يستقيم، ولتفادي هذه المعضلة يمكن اقتراح تعديل المادة 132 من قانون الأسرة على النّحو التّالي: "في صورة وفاة أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق يرث الحيّ منهما الميت، كما و يرثه إذا ثبت أنّ طلاق أحدهما للأخر كان في مرض الموت بغرض الفرار من الميراث، خلال العدة. كما ويحرم من الميراث من طلقّ زوجته في مرض الموت وقامت به شبهة الفرار من الميراث إذا مات زوجه قبله".

تهدف هذه الصّيغة إلى محاولة الحفاظ على الإطار العام لنصّ المادة 132 من خلال الإبقاء على فكرة التّوريث خلال فترة العدة مسيطرة لفكرة الحنفية، دون تغيير لنهج المشرّع في مسألة الطّلاق التي تستدعي إعادة نظر شاملة من خلال إدراج الطّلاق الرّجعي كثير الوقوع في الحالات العملية.

على أنّ الطّلاق في مرض الموت ليس سببا وجها في المعاملة بنقيض القصد، وإنّما يستوجب توقّر النية المبيّنة في الفرار من الميراث، وأن يسري كذلك حرمان من قامت به شبهة الفرار من الميراث، في حالة موت زوجه الذي طلقه وأن يطبّق ذلك على الرّجل والمرأة، على اعتبار تعدّد صور الطّلاق في قانون الأسرة الجزائري. كما هو ثابت من تفحص إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، فإنّها لم تفرد ميراث الطليقين بنصّ خاص، بل إنّ اهتمامها يشمل مساواة المرأة والرّجل، وغير مركّز على تقرير حقوق بعينها، بالرّغم من من عمومية صياغة نصّ المادة 16 منها التي جاءت متوسّعة في تبين بعض الحقوق، ولا سيما الخاصة بالمرأة في الفقرة (ج) التي نصّت على: "تتخذ الدّول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزّواج والعلاقات الأسرية وبوجه خاص تضمن، على أساس تساوي الرّجل

والمرأة...: (ج) نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه..."، فكانت الصّيغة غير شاملة لميراث الطّليقين، وهو ما عالجه المشرّع الجزائري مستمدًا نظريته من أحكام الشريعة الإسلامية التي راعت الحدّ الأمثل من تحقيق العدالة في أموال الطّليقين حتى بوفاة أحدهما.

خلاصة الفصل الثاني.

من خلال تفاصيل الفصل الثاني يمكن حوصلة أهم نتائجه على النحو التالي:

1- في صورة ثبوت تعسف الزوج في طلاق زوجته يثبت لها التعويض جزاء ذلك، ويكون تقديره خاضعا للسلطة التقديرية للقاضي، وعدم إدراج المشرع للمُتعة في خضم مواد الطلاق، ومعالجة المحكمة العليا لذلك وعدم وضوح رؤيتها، والتي انتهت بالاستغناء عنها والنص على التعويض.

2- ترتيب استحقاق المرأة المطلقة نفقة خلال فترة عدتها، ويكون الحكم بهذه المبالغ بمناسبة الحكم بالطلاق.

3- أدرج المشرع الجزائري عقوبات صارمة للحفاظ على كيان الأسرة من الإهمال الواقع من الطرفين تتراوح بين الحبس والغرامة المالية، مع مُراعاة صور هذا الإهمال، حيث يتضمن حكم الطلاق مبالغ ينبغي أداؤها بسبب الإهمال الأسري لا سيما إذا كان الرجل هو المتسبب فيه.

4- إذا كانت المطلقة حاضنة ولم يستطع المطلق توفير سكن مخصص للحضنة فإنها تستحق وأولادها بدل الإيجار.

5- يمكن للرجل المطلق أن يحصل على التعويض بمناسبة طلاقه، على الرغم من كون الأمر في نطاق ضيق، ولا سيما إذا أثبت نشوز الزوجة أو ارتكابها للخيانة الزوجية، وضرورة مُراعاة الإجراءات المنصوص عليها قانونا.

5- يحصل الرجل المخالِع على بدل الخُلع الذي يبقى في حدود صداق المثل إذا لم يتم الاتفاق عليه، ما يُعدّ هضما لحقه، وضرورة ردّها لكامل المهر الذي أعطاه إياها وعدم الاكتفاء بصداق المثل.

6- ينال بالسوية طرفا الطلاق نصيبهما في متاع بيت الزوجية مع مراعاة طبيعة المتاع في ظلّ انعدام البينة، بإعمال اليمين، من حيث الاستعمال الرجال أو النساء وتقاسم المشتركات بينهما.

7- يمكن التوارث بين الزوجين في خلال فترة العدة على اعتبار أنها زوجية حكميّة وبانقضائها ينتفي الإرث ماعدا حالة طلاق المريض مرض الموت الفار من ميراث زوجته والتي ترثه معاملة له بعكس القصد، وهذه المسألة عالجه المشرع الجزائري بنوع من الخلط والغموض يستدعي المراجعة والتعديل.

8- أغفلت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة تفاصيل حصول المرأة على أموال بسبب طلاقها وبحسب وضعها، وحرصت فقط على تسويتها مع الرجل لا سيما في الواجبات، الأمر الذي انفرد به المشرع الجزائري مُستلهما أحكامه من الشريعة الإسلامية.

9 - عمل المشرع الجزائري على مُراعاة اتفاقية حقوق الطفل من خلال ترتيب آثار الطلاق، وجعل مصلحة الطفل هي الفضلى، ولا سيما بتشريع قانون حماية الطفل الذي يحرص على حمايته من جميع النواحي والتي يعدّ الإهمال العائلي أحدها.

الباب الثاني

النظام المالي للأسرة المتعلق بالقرابة في قانون الأسرة الجزائري.

يحتوي هذا الباب على فصلين

الفصل الأول : نفقة وميراث الأقارب في قانون الأسرة الجزائري.

الفصل الثاني : تقييد التصرف في الأموال بسبب القرابة في قانون الأسرة الجزائري.

يمكن للنظام المالي الأسري أن يشمل كافة أفراد الأسرة الذين يستحقّون المال بسبب رابطة القرابة التي هي ترجمة لمعنى التآلف والتّراحم بين الأهل وامتداد ذلك وانعكاسه على المجتمع ككلّ.

تجسيدا لمعاني التقارب بين الأفراد داخل الأسرة الواحدة عملت التشريعات الرّبانية والوضعية على صونها من كلّ ما من شأنه أن يشطرالعلاقة الموجودة بين الأفراد ويُبدل جوّ الشّحناء والبغضاء بدل المودّة والمحبة، فكان المال أهمّ هذه الأوجه التي تسبّبت وتسبّب في العديد من المشاكل الباعثة على الفرقة.

إنّ رابطة القرابة تُنشئ علاقات مالية بين الأفراد سواء في الحياة أوالموت، فأتناء الحياة يكون من حقّ الأقارب على بعضهم البعض النّفقة وفق شروط مضبوطة، ويترتّب على وفاة أحد الأقارب الحقّ في ميراثه من طرف أقاربه الأحياء وفقا لشروط معيّنة محدّدة شرعا وقانونا وفي إطارأنصبه وأحوال محدّدة تحديدا دقيقا.

كما يمكن لأفراد الأسرة التصرّف في أموالهم في نطاق معيّن لا يمكن الخروج عنه صونا لحريّتهم في التصرّف من جهة وحفاظا على حقوق بقيّة الأفراد الباقين من جهة أخرى، وتتجلّى هذه التّصرّفات في التبرّعات كالهبة، الوصيّة والوقف في إطارتنظيمي مُحكّم بموجب نصوص شرعية وتشريعية، وضبط هذه الحرية بحدود معيّنة تتجلّى في سلطة الولي، الوصي والمقدّم في تقييدها فضلا على أعمال الحجر على التّصرّفات المالية للفرد بشروط معيّنة حماية له وللغير من العبث بالمال.

فهذه التّفاصيل وغيرها سوف ينبني عليها الباب الثاني الذي سيكون مُقسّما إلى فصلين مراعيّا في ذلك حقّ أفراد الأسرة في النّفقة والميراث، وتصرّفاتهم في أموالهم والقيود الواردة بخصوص هذا الشّأن، وعلى هذا الأساس سيكون تقسيم هذا الباب على النّحو التالي:

الفصل الأول : نفقة وميراث الأقارب في قانون الأسرة الجزائري.

الفصل الثاني : تقييد التصرّف في الأموال بسبب القرابة في قانون الأسرة الجزائري.

كانت العلاقة القائمة بين أفراد الأسرة مبنية على أساس التفاهم والتقارب لأن أصلها الرحم، فكانت صلة الرحم مبعثا لمكارم الأخلاق ودليلا على تواصل الأسر في المجتمع ولا أدلّ على صحته هو تلاحم العائلات، ما يعكس مدى سلامته وتكافله، على أن هذه العلاقة تترجم في حالتها المادية بأن يستحق أفراد الأسرة أموالا نتاج كدهم أو صبرهم أو ربّما بسبب قرابتهم، الأمر الذي يوحي بمدى التلاحم بينهم في نطاق اجتماعي ومالي وثيق.

لقد تضمّنت النصوص الشرعية والقانونية إشارات واضحة لحقوق الأقارب في أموال بعضهم بعض، في تأكيد مباشر لعلاقة القرابة وتمتينا لها وعرفانا بعمقها، فلكل قريب وفق شروط معينة الحق في النفقة والميراث، ومن هذا المنطلق سوف يهتم هذا الفصل الأول بالنظام المالي للأسرة المتعلق بالقرابة وسيكون وفقا للتقسيم التالي:

المبحث الأول: ثبوت الحق في نفقة الأقارب بموجب قانون الأسرة الجزائري.

المبحث الثاني: ثبوت الميراث للأقارب في قانون الأسرة الجزائري.

المبحث الثالث: الجوانب الإجرائية في مطالبة الأقارب بحقهم في النفقة والميراث.

المبحث الأول: ثبوت الحق في نفقة الأقارب بموجب قانون الأسرة الجزائري.

يمكن للقريب أن يستفيد بموجب علاقة القرابة من نفقة قريبه، مع مراعاة طبيعة العلاقة وقوتها سواء كانت علاقة أصول بفروع أو العكس، أو علاقات أخرى في نطاق القرابة وفقا لشروط معينة محدّدة، في نطاق الشرع الرباني، وتأثر المشرع الجزائري بذلك عبر قانون الأسرة في نصوص قانونية معينة تمتدّ حتى لقانون العقوبات، الأمر الذي يعكس مدى أهميّة المسألة وخطورتها لأنها قد تتسبّب في انشقاق الأسرة الواحدة، ومن ثمّ تأثر المجتمع المتكوّن من مجموع هذه الأسر، ولذلك سوف تتمّ دراسة نفقة الأقارب بكلّ تفاصيلها في هذا المبحث وفقا للتقسيم التالي:

المطلب الأول: القرابة سبب لاستحقاق نفقة الأقارب.

المطلب الثاني: أحوال نفقة الأقارب ومُسقطاتها.

المطلب الأول: القرابة سبب لاستحقاق نفقة الأقارب.

تعدّ النفقة وسيلة لضمان العيش وإغناء عن السؤال، ولأهمّيتها فقد حظيت بشروط محدّدة يُراعى فيها علاقة الأصول بالفروع والفروع بالأصول، وشروط كلّ نوع من النفقات المقرّرة، حمايةً لمستحقّيها وعدم إنقارٍ لباذليها، ولذلك يمكن تفريع هذا المطلب وفق ما يقتضيه من أفكار كما يلي:

الفرع الأول: تعريف نفقة الأقارب ودليل مشروعيتها.

الفرع الثاني: القرابة الموجبة للنفقة في قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الأول: تعريف نفقة الأقارب ودليل مشروعيتها.

النَّفقة في الإطار العام ضرورة حياتية، تُعطى لمن يستحقها بموجب الشرع والتَّشريع، ولذلك ينبغي تبين معناها بصفة عامّة، وتبيين مدى مشروعيتها وفقا للتفصيل التّالي:

أولاً: تعريف نفقة الأقارب.

يرتبط معنى النّفقة بمن يبذلها ومن يستحقّها، فكانت القرابة أهمّ موجباتها، ولذلك سيتمّ التفصيل في الجوانب المفاهيميّة لنفقة الأقارب كما يلي:

1- تعريف النّفقة⁽¹⁾.

وردت العديد من التعريفات في شأن النّفقة فعي تعني: "الإدرا على شيء بما فيه بقاؤه"⁽²⁾، يعتبر هذا التعريف عامّا في صياغته لاشتماله على كلّ من هم بها من أفراد، دون تخصيص للزّوجة أو الأصول أو الفروع، ولو أنّه استعمل مصطلح "شيء"، وكان أحسن استعمال "شخص أو إنسان" بغية تدقيق اللفظ، لأنّه في صورته الحالية يشمل غير الإنسان وانصرافه حتى للحيوان، فيبذل الشّخص المسؤول عن النّفقة ماله في شكل إدرا، أي عطاء أو منح لمن يستحقونها، بهدف الحفاظ على بقائهم وذلك بكفائتهم من الحاجة، وتوفير سبل العيش الكريم لهم.

كما عرّفت النّفقة أيضا على أنّها ما يحتاج إليه الإنسان لإقامة حياته من طعام وكسوة ومسكن وخدمة وكلّ ما يلزم بحسب العرف⁽³⁾، فمن خلال هذا التعريف الذي عدّد الأوجه التي ينبغي توفيرها للمُنْفَق عليه، يظهر مدى ملاءمته للواقع المتغيّر زمنيا ومكانيا لارتباطه بالعرف.

بالرجوع إلى المشرّع الجزائري فإنّه لم يُخصّص تعريفا بعينه للنّفقة، بل جاء النصّ عليها من خلال تبيان الأحكام العامّة، ولا سيما ما تعلّق بنفقة الأقارب، من خلال المادة 77 من قانون الأسرة بنصّها على: "تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والإحتياج ودرجة القرابة في الإرث".

2- تعريف القرابة وأنواعها.

ترتبط النّفقة بالقرابة ارتباطا وثيقا على اختلاف نوعها، فينبغي تبين معناها وبيان أنواعها كما يلي:

أ- تعريف القرابة.

يُعدّ مفهوم القرابة متشعب الثنايا في المجالين اللّغوي والاصطلاحي، ولذلك سوف يتمّ التعرّض لها وفقا للتّالي:

(1) لقد جرى التعرّض لتعريف النّفقة من النّاحية اللّغوية في الباب السّابق من البحث، لاشتراك المصطلح مع النّفقة الزّوجية، وسيتمّ التّركيز هنا على المعنى الاصطلاحي.

(2) ابن عابدين. حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبوحنيفة. ج3 ص 572.

(3) أحمد فراج حسين. أحكام الأسرة في الإسلام- الطّلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب . الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1998. ص 319.

- تعريف القرابة في اللغة.

القرابة في اللغة تعني الدّنو في النّسب، وهي بالفرنسية (La parenté)⁽¹⁾ وفي الانجليزية (Relationship)⁽²⁾، فيقال هم ذوو قرابتي وذوو قرابة مّي⁽³⁾، ويطلق اسم القربى على القرابة أيضا ويقصد به القرب في الرّحم⁽⁴⁾، لذلك يُقال أقرباؤك وأقاربك وأقربوك تعني عشيرتك الأدنون⁽⁵⁾.

من خلال عرض معنى القرابة في اللغة فإنّ معناها يتّجه إلى الدّنو وإلى النّاس المقرّبين من العائلة.

- تعريف القرابة في الاصطلاح.

يقصد بالقرابة العلاقة التي تربط الفرد بالعائلة، فقد تكون هذه العلاقة ناشئة عن النّسب وتسمى قرابة النّسب، أو ناشئة عن المصاهرة فتسمى قرابة المصاهرة⁽⁶⁾.

بالرجوع إلى المنظومة القانونية الجزائرية فقد أولت عناية خاصّة للقرابة ولا سيما في إطار القانون المدني حيث تضمّنت المادة 32 منه تعريفا للقرابة بنصّها على: "تتكوّن أسرة الشّخص من ذوي قرياه ويعتبر من ذوي القربى كلّ من يجمعهم أصل واحد".

من خلال تعريف المشرّع الجزائري لمعنى القرابة يتّضح أنّه لم يفصّل كثيرا واكتفى بمعنى إجمالي، يشترك فيه أفراد الأسرة وهو الأصل الواحد، دون التفات منه إلى قرابة المصاهرة والواضح أنّ المشرّع يقصد قرابة النّسب.

ب- أنواع القرابة.

يمكن التّمييز بين نوعين من القرابة: قرابة النّسب وقرابة المصاهرة.

- قرابة النّسب.

القرابة النّسبية هي النّاشئة عن الولادة، فهي الصّلة النّسبية القائمة بين الشّخص وفروعه وأصوله وحواشيه، وتنحصر هذه الصّلة في فروع الشّخص وهم أبناؤه وأصوله وهم الآباء، وفروع أصوله وهم الإخوة والأعمام⁽⁷⁾.

كما أنّ قرابة النّسب تنقسم إلى قرابة مباشرة أو قرابة الحواشي.

* القرابة المباشرة.

يقصد بها الصّلة الموجودة بين الأصول والفروع، ونصّ عليها المشرّع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة

(1) ابتسام القّرام. المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري. ص 46.

(2) محمد رواس قلعة جي؛ حامد صادق قنبي. معجم لغة الفقهاء. ص 433.

(3) إبراهيم مصطفى وآخرون. المعجم الوسيط. ص 723.

(4) الرازي. مختار الصحاح. ص 326.

(5) الفيروز أبادي. القاموس المحيط. ص 1299.

(6) فريدة محمدي (زواوي). المدخل للعلوم القانونية نظرية الحق. ص 70 و 71.

(7) محمد الشحات الجندي. الميراث في الشريعة الإسلامية. ص 61.

33 من القانون المدني بنصّها على: "القرابة المباشرة هي الصّلة ما بين الأصول والفروع".

* قرابة الحواشي.

هي الصّلة الموجودة بين أشخاص يجمع بينهم أصل واحد، دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر، وهو ما تضمّنته الفقرة الثانية من المادة 33 من القانون المدني حيث نصّت على: "وقرابة الحواشي هي الرابطة ما بين أشخاص يجمعهم أصل واحد دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر".

- قرابة المصاهرة.

هذه القرابة أساسها الزّواج على أن يحتفظ كلّ قريب بدرجة قرابته للزّوج الآخر، وهو ما شملته المادة 35 من القانون المدني الجزائري "يعتبر أقارب أحد الزّوجين في نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزّوج الآخر".

تكتسي القرابة أهمية بالغة في عدّة نواحي قانونية ومالية داخل الأسرة ولا سيما النّفقة حيث يلزم الأصول بالإنفاق على فروعهم، وكذا الفروع على أصولهم إذا لم يكن لهم مورد⁽¹⁾.

فمن خلال ما سبق من التّفصيل يمكن التّوصّل إلى معنى نفقة الأقارب، فتمثّل ما يجب للقريب على قريبه من أموال، بسبب هذه الرابطة، بحيث يغنيه عن ما يلزمه في حياته من ضروريات لا تستمرّ الحياة إلّا بدونها بالقدر المعقول والملائم، من غير إفراط ولا تفريط.

ثانياً: دليل مشروعية نفقة القرابة.

تُعَدّ النّفقة واجبة بموجب القرابة، فهي من أهمّ مسبّبات النّفقة بالإضافة إلى النّكاح⁽²⁾، فمن المقرّر أنّ لبعض الأقارب نفقة على قريبهم الموسر أو الكسوب القادر⁽³⁾، وتُعتبر نفقة الأقارب مهمّة لدرجة بالغة وعلى هذا الأساس عُنيت بتشريع ربّاني ووضعي، جعلها تنال مشروعية ثابتة تعكس مدى الحرص على بعث التّكافل الأسري ويمكن التّفصيل فيها كما يلي:

1- دليل مشروعية نفقة الأقارب من القرآن الكريم.

وردت العديد من الآيات مدلّلة على وجوب نفقة الأقارب من بينها قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْفِقَ الرِّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ...﴾⁽⁴⁾، فهذا دليلٌ على وجوب نفقة الوالد على الوالد لِعَجْزِهِ وَضَعْفِهِ، فَجَعَلَ اللَّهُ تَعَالَى ذَلِكَ عَلَى يَدَيْ أَبِيهِ لِقَرَابَتِهِ مِنْهُ وَشَفَقَتِهِ عَلَيْهِ⁽⁵⁾.

(1) فريدة محمدي (زواوي). المدخل للعلوم القانونية نظرية الحق. ص 73.

(2) البهوتي. شرح منتهى الإرادات. ج 3 ص 225؛ القرافي. الذخيرة. ج 4 ص 465.

(3) محمد أبو زهرة. الأحوال الشخصية. ص 415.

(4) سورة البقرة. الآية 233.

(5) ابن العربي. أحكام القرآن. ج 1 ص 274.

فلقد كانت الآية بليغة في ضرورة أن يتكفل الوالد بنفقة فرعه، الغير قادر على الكسب بمفرده فكان واجبا على الأصل أن يتولى هذه المهمة بكل مُشمّلات النفقة.

كما يمكن الاستدلال على أهمية العناية بالوالدين من جميع النواحي، ولا سيما المادية منها من خلال قوله تعالى: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حُسْنًا...﴾⁽¹⁾، فيقول تعالى أمر عباده بالإحسان إلى الوالدين بعد الحث على التمسك بتوحيده، فإنّ الوالدين هما سبب وجود الإنسان، ولهما عليه غاية الإحسان، فالوالد بالإنفاق والوالدة بالإشفاق، ومع هذه الوصية بالرفقة والرّحمة والإحسان إليهما⁽²⁾.

كذلك قوله تعالى: ﴿وَأْتِ ذَا الْقُرْبَى حَقَّهُ وَالْمِسْكِينَ وَابْنَ السَّبِيلِ وَلَا تُبَذِّرْ تَبْذِيرًا﴾⁽³⁾، فهي بمعنى وصية الله عباده بصلة قرابات أنفسهم وأرحامهم من قبل آبائهم وأمهاتهم، وذلك أنّ الله عزّ وجلّ عقّب ذلك عقيب حصّه عباده على برّ الآباء والأمّهات، فالواجب أن يكون ذلك حصّا على صلة أنسابهم دون أنساب غيرهم التي لم يجر لها ذكر، وإذا كان ذلك كذلك، فتأويل الكلام: وأعط يا محمد ذا قرابتك حقّه من صلتك إياه، وبرك به، والعطف عليه، وخرج ذلك مخرج الخطاب لنبيّ الله ﷺ، والمراد بحكمه جميع من لزمته فرائض الله، يدلّ على ذلك ابتداءه الوصية⁽⁴⁾.

2- دليل مشروعية نفقة الأقارب من السنّة النبوية الشريفة.

وردت العديد من الأحاديث النبوية في شأن نفقة الأقارب، تنويعها بأهميّتها وتكملة لما ورد من النصوص القرآنية، ومن أمثلة ذلك: عن جامع بن شداد عن طارق المحاربي قال قدمنا المدينة فإذا رسول الله ﷺ قائم على المنبر يخطب الناس ويقول: يد المعطي العليا وابدأ بمن تعول أمك وأباك وأختك وأخاك ثم أدناك أدناك⁽⁵⁾، فجاء الحديث جاعلا من يد المنفق خيرا من الذي يأخذ النفقة لا سيما إذا كان قادرا على الكسب، على أن يبدأ بالأقربين من الوالدين والإخوة والأخوات ثم الأدنى فالأدنى.

وأیضا عن عمرو بن سعيد عن حميد بن عبدالرحمن الحميري عن ثلاثة من ولد سعد كلهم يحدثه عن أبيه أنّ النبي ﷺ دخل على سعد يعود به بمكة فبكى قال: (ما يُبكيك؟) فقال: قد خشيت أن أموت بالأرض التي هاجرت منها كما مات سعد بن خولة فقال النبي ﷺ: (اللهم اشف سعدا اللهم اشف سعد) ثلاث مرار قال: يا رسول الله إنّ لي مالا كثيرا وإنّما يرثني ابنتي أفأوصي بمالي كله؟ قال: (لا) قال: فبالثلثين؟ قال: (لا) قال: فالنصف؟ قال: (لا) قال: فالثلث؟ قال: (الثلث والثلث كثير إنّ صدقتك من مالك صدقة وإنّ نفقتك على

(1) سورة العنكبوت . الآية 9.

(2) ابن كثير. تفسير القرآن العظيم. ج 6 ص 264 و 265.

(3) سورة الإسراء . الآية 26.

(4) الطبري . جامع البيان في تأويل القرآن . ج 17 ص 427 .

(5) رواه النسائي وأحمد (النسائي. سنن النسائي الكبرى. كتاب الزكاة. أيتهما اليد العليا. الحديث رقم 2311. ج 2 ص

33؛ أحمد بن حنبل. مسند الإمام أحمد بن حنبل. الحديث رقم 7106. ج 2 ص 226).

عِيَالُكَ صَدَقَةٌ وَإِنْ تَأْكُلْ امْرَأَتُكَ مِنْ مَالِكَ صَدَقَةٌ وَإِنَّكَ أَنْ تَدَعَ أَهْلَكَ بِخَيْرٍ (أَوْ قَالَ بَعِيشٍ) خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدْعَهُمْ يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ) ⁽¹⁾.

فجاء الحديث في شكل نصيحة لعدم تبذير الأموال بأي وجه من الأوجه، حتى التبرع بها إضراراً بالورثة لأن تركهم في فاقة يجعلهم يكابدون عناء الزمن، ولذلك كان على الشخص الغني المفقار للحياة أن يترك الخير لورثته، وهذا دليل على أن الحي لا بدّ عليه من كفاية أهله من كلّ المستلزمات.

وعن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: "دينار أنفقته في سبيل الله ودينار أنفقته في رقبة، ودينار تصدّقت به على مسكين، ودينار أنفقته على أهلك، أعظمها أجرا الذي أنفقته على أهلك" ⁽²⁾، فجاء الحديث مُفَصَّلًا لأنواع الصّدقات وأوجهها ومُعْظَمًا لأجراتي تمت للأهل، وذلك لأنّ الأقارب أولى بالصّدقة من غيرهم.

3- دليل مشروعية نفقة الأقارب من القانون.

بالرجوع إلى المشرع الجزائري فقد ساير الشريعة الإسلامية، وتكلّم على نفقة الأقارب ولا سيما من خلال نصّ المادة 77 الذي جاءت بصيغة الوجوب فنصّت على: "تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والإحتياج ودرجة القرابة في الإرث".

الفرع الثاني: القرابة الموجبة للنفقة.

لقد نالت نفقة الأقارب أهمية بالغة في الشرع وفي القانون الجزائري ولا سيما قانون الأسرة، ولأهميتها فقد خضعت لعدة ضوابط يجب مراعاتها من حيث تبين طائفة الأقارب التي تستحقّ النفقة في ظلّ تعدّدهم، وكذا ما يجب مراعاته في بذلها، ولذلك ينبغي تفصيل ذلك وفقا لما يلي:

أولاً: مدى تأثير القرابة على النفقة.

تُعَدّ القرابة علاقة شاملة موسّعة بين الأشخاص، وعلى هذا الأساس فإنّ استحقاق النفقة لا يكون بمجرد وجود علاقة القرابة أيّا كانت درجتها، فهي محدّدة وفق أطر معيّنة، ومحلّ اختلاف فقهي بين مُضَيّق ومُوسّع من حيث من يستحقّها من الأقارب، وتأثير المشرع الجزائري بذلك في تقريرها.

رأى المالكية أنّ القرابة الموجبة للنفقة هي قرابة الولاد المباشرة فقط، ذكرا كان أو أنثى، كما وتجب نفقة الولد الحرّ على أبيه فقط ولا تجب على أمّه، ولا تجب على الجدّ ولا الجدّة، كما لا تجب على ابن الإبن ⁽³⁾، فالقرابة الموجبة للنفقة محصورة في قرابة الولاد في أول درجاتها من الجانبين، للوالدين على الأولاد الصّلبين دون غيرهم من الفروع، وللأولاد الصّلبين على الوالدين دون غيرهما من الأصول، ودليلهم في ذلك هو قوله تعالى: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا ۖ إِنَّمَا يُبَلِّغُنَّ عَنْكَ الْكِبَرُ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ

(1) رواه مسلم. (أنظر: صحيح مسلم. كتاب الوصية. باب الوصية بالتّلق. الحديث رقم 1628. ج 3 ص 1250).

(2) رواه مسلم. (أنظر: صحيح مسلم. كتاب الزكاة. باب فضل النفقة على العيال والمملوك وإثم من ضيعهم أو حبس نفقتهم عنهم. الحديث رقم 995. ج 2 ص 692).

(3) التّردير. الشّرح الصغير. ج 2 ص 752 و 753.

لَهُمَا أَفٍّ وَلَا تَهْزُهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا⁽¹⁾، واستدلوا من السنّة النبوية عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال يا رسول الله إنّ لي مالا وولدا وإنّ والدي يجتاح مالي (معناه يستأصله) قال: "أنت ومالك لوالدك، إنّ أولادكم من أطيب كسبكم فكلوا من كسب أولادكم"⁽²⁾.

أمّا الشافعية فرأوا أنّ القرابة المنشئة لحقّ النّفقة هي قرابة الولادة المطلقة سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة، أي الأصول الأبوان والأجداد والجدّات وإن علوا، والفروع الأولاد، وأولاد الأولاد وإن نزلوا، فتجب نفقة الأصول على الفروع، والفروع على الأصول من غير تحديد للدرجات، لأنّ الأجداد هم آباء، وأبناء الأبناء هم أبناء، فالأصل وإن علا والفرع وإن سفل، ولا فرق بين ذكر أو أنثى، ولا بين وارث وغير وارث⁽³⁾، ودليلهم هو ما سبق من الآيات والأحاديث، ولا تجب النّفقة لباقي الأقارب كالإخوة والأعمام، لأنّها مربوطّة بالولادة، فالشّرع تضمّن نفقة الوالدين والمولودين، وأمّا دون ذلك فليس من وجوب النّفقة⁽⁴⁾.

ورأى الحنفية أنّ نفقة القرابة الموجبة لنفقة القريب على قريبه هي قرابة الرّحم المحرّم، أي القرابة المانعة من الزّواج، فتجب وفقا لهذا الرّأي النّفقة لسائر الأقارب إذا كانوا من المحارم، أمّا القريب غير المحرم فلا تجب نفقته على قريبه⁽⁵⁾، فهي تجب للأصول والفروع ولكلّ ذي رحم محرم، سواء كان وارثا أو غير وارث، ويجب أن تكون المحرميّة بين من تجب له النّفقة ومن تجب عليه ثابتة بالقرابة، لا بطريق آخر كالرضاع مثلا، فلا تجب نفقة بنت العمّ على ابن عمّها، ولا بنت الخال على ابن خالها لانعدام المحرميّة⁽⁶⁾، واستدلوا في ذلك بقوله تعالى: ﴿وَاتِ ذَا الْقُرْبَىٰ حَقَّهُ...﴾⁽⁷⁾، ومن السنّة النبوية أخبرنا بهزبن حكيم حدّثني أبي عن جدّي قال: قلت يا رسول الله من أبرّ؟ قال: أمك قال: قلت: ثم من؟ قال: أمك قال: قلت: ثم من؟ قال: أمك قال: قلت: ثم من؟ قال: ثم أباك ثم الأقرب فالأقرب⁽⁸⁾.

كما رأى الحنابلة أنّ النّفقة إنّما تجب لكلّ قريب، وارث فرضا أو تعصيبا، من الفروع أو الأصول، والحواشي وذوي الأرحام، من عمود النّسب كأب الأم، وابن البنت كانوا وارثين أو محجوبين، أمّا إذا لم يكونوا

(1) سورة الإسراء . الآية 23.

(2) رواه أبو داود وأحمد (أبو داود . سنن أبي داود . كتاب البيوع . باب في الرّجل يأكل من مال ولده . الحديث رقم 3530 . ج 2 ص 311؛ أحمد بن حنبل . مسند الإمام أحمد بن حنبل . الحديث 6678 . ج 2 ص 179).

(3) الشافعي . الأم . ج 5 ص 100.

(4) وهبة الزحيلي . الفقه الإسلامي وأدلته . ج 10 ص 84.

(5) السرخسي . المبسوط . ج 5 ص 224.

(6) أحمد فراج حسين . أحكام الأسرة في الإسلام - الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب . ص 321.

(7) سورة الإسراء . الآية 26.

(8) رواه أحمد و أبو داود والترمذي (أنظر: أحمد بن حنبل . مسند الإمام أحمد بن حنبل . الحديث رقم 20040 . ج 5 ص 3؛ أبو داود . سنن أبي داود . كتاب الأدب . باب في برّ الوالدين . الحديث رقم 5139 . ج 2 ص 757؛ الترمذي . سنن الترمذي . كتاب البرّ والصلة عن رسول الله ﷺ . باب ما في برّ الوالدين . الحديث رقم 1897 . ج 4 ص 309).

من عمود النسب، كالعمة والخالة فلا نفقة لهم من قريبهم لضعف قرابتهم⁽¹⁾، ودليلهم قوله تعالى: ﴿... وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ...﴾⁽²⁾ أي النفقة بالمعروف⁽³⁾، وعلى هذا الأساس وجب اتحاد الدين بين القريبين حتى في نفقة الولاد، لأنّه لا توارث بين المسلم وغير المسلم، فلا بدّ من كونهما مسلمين حتى تجب النفقة.

فللمذاهب أربعة آراء، تتفاوت فيما بينها ضيقاً واتساعاً في تحديد مدى القرابة الموجبة للنفقة، فأضيّقها مذهب المالكية، ثم الشافعية، ثم الحنفية، ثم الحنابلة⁽⁴⁾.

بالرجوع إلى مسلك المشرّع الجزائري في مسألة تحديد نوع القرابة الموجبة للنفقة، فقد تضمّن قانون الأسرة في المادة 77 التي نصّت على: "تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والإحتياج ودرجة القرابة في الإرث"، ويظهر من خلال هذه المادة أنّه في صورة فقر الأب وأولام وعجزهما عن التكفل بالنفقة على نفسيهما، فابنهما الصّلي معني بالإنفاق عليهما أو أحدهما حسب القدرة، والأمرنفسه بالنسبة للأصول الذين يجب عليهم الإنفاق على فروعهم بسبب عجزهم عن الكسب⁽⁵⁾.

من خلال المقاربة الفقهية لمنهج المشرّع الجزائري في هذه الجزئية، يتّضح أنّه تأثر برأي الحنابلة من حيث اشتراط الإرث في النفقة، لكنّه لم يأخذ به كليّة وإنّما حاد للأخذ برأي الشافعية، في اشتراطهم أن يكون الإنفاق مبنياً على علاقة الولادة، دون حصرها في الصّلية المباشرة كما ذهب إلى ذلك المالكية، ولكنّه استبعد الحواشي، وجعل الأمر محصوراً فقط على الأصول والفروع، هو ما يُعدّ مزجاً بين عدّة أفكار فقهية وجعل الأمر عسيراً على التّكييف.

لقد سارت قرارات المحكمة العليا على نفس النّحو، ومن ذلك القرار الذي نصّ على: "لكن وحيث أنّ الجدّ يعتبر أصلاً للولد، وهو بمنزلة والده المتوفي، فكما تجب عليه النفقة يكون له أيضاً حقّ الزيارة طبقاً للمادة 77 من قانون الأسرة، وعليه فالوجه غير مؤسّس الأمر الذي يتعيّن معه رفض الطّعن"⁽⁶⁾.

ثانياً: المُرَاعَى فِي فِرْضِ نَفْقَةِ الْأَقَارِبِ.

إنّ النفقة المؤدّاة إلى الأقارب لسدّ احتياجاتهم ينبغي أن تكون في إطار سدّ الضّروريات، وأن تكون قدر استطاعة المُنفق، وعلى كلّ حال ينبغي أن يُراعَى فيها ما يلي:

(1) ذهب الحنابلة بخصوص نفقة الحواشي إلى اعتماد ثلاث روايات: أولها وجوب النفقة للموروث على الوارث بالفرض كالإخوة لأُم أو بالتعصيب كأخ شقيق وابن العمّ، وهذا هو المشهور عندهم، وثاني الروايات وجوب النفقة للموروث على الوارث بالتعصيب فقط، وثالثها وجوبها للموروث على الوارث ولو كان رحمياً. (أنظر: ابن قدامة. المغني. ج 9 ص 256 وما بعدها).

(2) سورة البقرة . الآية 233.

(3) الطبري . جامع البيان في تأويل القرآن . ج 5 ص 61 .

(4) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 83 .

(5) عبد العزيز سعد . قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد. ص 107 .

(6) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية - قرار صادر بتاريخ 1998/04/21 ملف رقم 189181. عدد خاص . ص 193.

1- إذا حدث وأن سُرقَت، أو هُلكت النّفقة، في ظلّ احتياج المُنفق عليه، فيكون على المُنفق أن يدفعها مرّة أخرى، لأنّ سبب فرضها هو دفع الحاجة، ولا يزال مستحقّها محتاجاً⁽¹⁾.

2- إذا حان وقت أداء النّفقة للمنفق عليه، ولم يكن في حاجة إلى نفقة جديدة، فلا يمكنه المطالبة بها، ذلك أنّه ليس في حاجة ماسّة لها، وهو ما يتعارض مع المبدأ العامّ في آداؤها، أنّها تكون على سبيل المُواساة، وهو ما لا يتحقّق في هذه الحالة⁽²⁾.

3- إنّ إعطاء النّفقة للأصول والفروع ليست مربوطة بقضاء القاضي، ولذلك أمكن لمستحقّها أن يأخذ من النّفقة من بيت المكلف بها بالمعروف، دونما الرّجوع للقاضي، وإن حدث وأن طلبها من القاضي، فذلك يمثّل إثباتاً للحقّ فيها وليس بمثابة الحكم بها حقيقة⁽³⁾.

4- نفقة الأصول والفروع منوطة بمُضيّ المدّة، فهي تسقط بمُضيّ المدّة مالم تكن مُستدانة بإذن من وجبت عليه، أو بإذن القاضي، فبمرور المدّة المحدّدة، من دون أن يطالب بها مستحقّها، تسقط النّفقة على المدّة الماضية، من دون اعتبارها ديناً لأنّ الهدف منها هو دفع الحاجة، وبسكوته فهو متنازل عنها، ويُستثنى من ذلك نفقة الصّغير على أبيه⁽⁴⁾.

5- تُعدّ النّفقة حقّاً شخصياً للمنفق عليه، فإذا توفّي لا ينتقل حقّه في طلب النّفقة إلى ورثته، وبالمقابل لا ينتقل واجب النّفقة إلى ورثة المكلف بها، بل ينتقل الحقّ في فرضها إلى من تتوفّر فيه شروط آداؤها⁽⁵⁾.

ثالثاً: مقدار نفقة الأقارب.

تكتسي نفقة الأقارب أهمية بالغة جعلتها محلّ اهتمام لمختلف الشّرائع، ولذلك فإنّ تحديد مقدارها يعدّ مسألة مهمّة في ظلّ تنامي الحاجيات الحياتية لأفراد الأسرة المستحقّين لها من جهة، وعدم القدرة على النّفقة من قبل المكلفين بها من جهة أخرى، وعلى هذا الأساس تجب نفقة الأصول بحسب الكفاية من الخبز والأدم

(1) ابن عابدين. حاشية رد المحتار على الدرالمختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة. ج 4 ص 38؛ الشيرازي. المهذب في فقه الإمام الشافعي. ج 2 ص 167؛ الدسوقي. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. ج 2 ص 524؛ ابن قدامة المقدسي. الشرح الكبير على متن المقنع. ج 9 ص 277.

(2) ابن عابدين. حاشية رد المحتار على الدرالمختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة. ج 4 ص 38؛ الشيرازي. المهذب في فقه الإمام الشافعي. ج 2 ص 167؛ الدسوقي. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. ج 2 ص 524؛ ابن قدامة المقدسي. الشرح الكبير على متن المقنع. ج 9 ص 277.

(3) ابن عابدين. حاشية رد المحتار على الدرالمختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة. ج 4 ص 30 و 31؛ النووي. روضة الطالبين وعمدة المفتين. ج 9 ص 87؛ الدسوقي. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. ج 2 ص 524؛ ابن قدامة المقدسي. الشرح الكبير على متن المقنع. ج 9 ص 277.

(4) محمد أبو زهرة. الأحوال الشخصيّة. ص 430.

(5) ابن قدامة. المغني. ج 9 ص 271 و 272؛ الرعيني. مواهب الجليل لشرح مختصر خليل. ج 4 ص 212؛ ابن عابدين. حاشية رد المحتار على الدرالمختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة. ج 4 ص 53؛ النووي. روضة الطالبين وعمدة المفتين. ج 9 ص 86... 89.

والكسوة بقدر العادة⁽¹⁾، وذلك باتفاق الفقهاء⁽²⁾، وعلى كلّ تقدّر نفقة الأقارب مطلقا بالكفاية، فتقدّر بمقدار ما يسدّ حاجة القريب المحتاج، مع مراعاة عدم إثقال كاهل المسؤول عن النفقة وبحسب قدرته على أن يكون ذلك فائضا عن احتياجاته الأصلية، فإذا كان مستحقّ النفقة يحتاج لخادم بسبب مرضه أو شيخوخته، كان على المكلّف بالنفقة أن يدفع أجره الخادم مادام قادرا على ذلك وزائدا عن احتياجاته، وإذا كان للفقير زوجة فإن كان مستحقّ النفقة أصلا للذي تجب عليه النفقة فتجب عليه نفقتها⁽³⁾.

كما رأى الفقهاء⁽⁴⁾ أنّ نفقة الولد وولد الولد مقدّرة بالكفاية من حيث الخبز والأدم والشراب والكسوة والسكن مع مراعاة قدرة المُنْفِق وعوائد البلاد، كما أنّه إذا احتاج الولد لخدم فعلى الوالد توفيره لأنّ ذلك من قبيل الكفاية، وإن كانت له زوجة وجبت نفقتها عند الشافعية والحنابلة، ولا تجب عند الحنفية وتسقط نفقة الزوجة عند المالكية إذا أعسر الزوج.

بالرجوع إلى المشرّع الجزائري فإنّه يبيّن ضوابط مقدار نفقة الأقارب من خلال المادة 77 من قانون الأسرة التي نصّت على: "تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والإحتياج ودرجة القرابة في الإرث"، فعلى القضاة أثناء نظرهم دعاوى نفقة الأقارب مراعاة قدرة الطّرف المكلّف بالنفقة أصلا كان أو فرعا من حيث قدرته المالية برصد مداخله من جهة، ويُرَاعَى أيضا مدى احتياجات الطّرف المستحقّ لها ومدى ضرورة هذه الاحتياجات للفرع أو الأصل المستحقّ لها من غير إفراط .

غير أنّ المشرّع المغربي قد تضمّن تقسيم نفقة الأولاد على أصولهم بحسب يسرهم وليس بحسب ميراثهم، وهو ما شملته المادة 203 من المدوّنة، فمتى كان الفرع قادرا على الكسب والأصل فقير وجبت النفقة على الفرع لأصله، إن كان له مال أو كانت له صنعة أو خدمة تدّرّ عليه مدخولا، فإن امتنع أُجبر على ذلك، حتى باختلافهما في الدّين أو اتّفاقهما، لأنّ نفقة الأصل وجبت على فرعه بحقّ الولادة التي تتحقّق بها الجزئية بين الولد وأبيه⁽⁵⁾.

وحدّد المشرّع التّونسي مستحقّي النفقة بالأبوين والأصول من جهة الأب وإن علوا، ومن جهة الأم في حدود الطبقة الأولى، والأولاد وإن سفلوا، وينبغي على الأولاد الإنفاق على أصولهم في حدود من ذكرتهم المجلّة، وفقا للفصل 44، كما ينبغي مُراعاة يُسر الأولاد في حال تعدّدهم وعدم مراعاة عددهم ولا الميراث.

(1) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 86 .

(2) الشربيني. مغني المحتاج. ج 3 ص 448؛ الكاساني. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع . ج 4 ص 38؛ ابن قدامة.

المغني . ج 9 ص 257؛ بن جزي . القوانين الفقهية. ص 365.

(3) محمد أبو زهرة . الأحوال الشخصية . ص 430.

(4) الكاساني. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع . ج 4 ص 38؛ بن جزي. القوانين الفقهية. ص 365؛ الشربيني.

مغني المحتاج. ج 3 ص 449؛ ابن قدامة. المغني . ج 9 ص 257.

(5) عبد الكريم شهبون. الشافي في شرح مدوّنة الأسرة. ج 1 ص 473.

المطلب الثاني: أحوال نفقة الأقارب ومُسقطاتها.

تُعتبر نفقة الأقارب حقًا والتزامًا، مقرّرة بموجب نصوص شرعية وتشريعية، وتُستحقّ باختلاف الحالات في ظلّ توافر شروط معيّنة، فهي تجب للأصول على الفروع والعكس، غير أنّ استحقاقها ليس دائمًا، لا سيما إذا انتفت مسببات وجوبها، وهو ما سيتمّ التّدقيق فيه كما يلي:

الفرع الأول: أحوال نفقة الأقارب.

الفرع الثاني: سقوط نفقة الأقارب.

الفرع الأول: أحوال نفقة الأقارب.

إنّ نفقة الأقارب تخضع لمعايير وشروط يجب أخذها بالحسبان، تماشيًا مع نوع القرابة التي تربط الأقارب بعضهم ببعض، وعلى هذا وجب تفصيل كلّ نوع من النّفقات بالنّظر إلى كون المسؤول عن النّفقة أصلاً أو فرعاً وفقاً لما يلي:

أولاً: نفقة الأصول على الفروع.

الأصول هم الآباء والأمّهات والأجداد والجّدات وإن علوا، سواء كانوا من جهة الأب أو الأم، وتجب نفقتهم إذا استوفيت عدّة معايير يمكن إجمالها فيما يلي:

1- أن يكون الأصل فقيراً لا كسب له: ولا يشترط فيه العجز عن الكسب عند الحنفية⁽¹⁾ والشافعية⁽²⁾، لأنّ ذلك يعدّ استثناء من القاعدة العامّة الجاعلة من القريب القادر على الكسب غير مستحقّ لنفقة قريبه، فنفقة القريب من كسبه وعمله وقدرته على الاحتراف، لكن نفقة الأصول كالأب والجدّ تجب حتى مع قدرتهما على الكسب وإعسارهما على الولد الموسر، وذلك لأنّ الله تعالى نهى عن أذى الوالدين⁽³⁾، بل إنّ مصاحبتهم تكون بالمعروف حتى لو كانا كافرين، فليس من المعروف والإحسان أن يكلفا بالكّد والسّعي وراء الرّزق في أرذل العمر، وولدهم يتنعم في المال فذلك من قبيل الإضرار بهما، وهو ما يتنافى وقوله تعالى: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا إِمَّا يَنْبَغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ وَلَا تَهْزُهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا﴾⁽⁴⁾، بينما رأى كلّ من المالكية⁽⁵⁾ والحنابلة⁽⁶⁾ أنّ الفرع غير ملزم بالنّفقة على الأصل القادر على

(1) السرخسي. المبسوط . ج 5 ص 222 وما بعدها.

(2) الشربيني. مغني المحتاج. ج 3 ص 448.

(3) أحمد نصر الجندي. الحضانة والنّفقات في الشّرع والقانون . دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2004. ص 247 و 248.

(4) سورة الإسراء . الآية 23.

(5) بن جزي . القوانين الفقهية. ص 365.

(6) ابن قدامة. المغني . ج 9 ص 258.

القادر على الكسب، ففي هذه الحالة يجبر حتى الوالدان على الكسب ولا نفقة لهما في الأرجح عند المالكية⁽¹⁾.

2- يسارالفرع المكلف بالنفقة: ويتحقق ذلك بأن يكون مالكا نفقة فاضلة عن نفسه إما من ماله وإما من كسبه، فيلزم القادر على التكسب أن يعمل للإنفاق على قريبه الفقير⁽²⁾، فالفرع المالك للمال يمكنه الإنفاق على نفسه وفروعه وأصوله، أو بقدرته على الكسب ولو لم يكن له مال، فمتى كان الفرع موسرا وجبت نفقته على أصوله، فإن امتنع أُجبر عن طريق القضاء، أما إذا كان ماله لا يكفيه لإعالة أولاده، فهو غير مجبر على النفقة عليه نفقة مستقلة، بل يمكنه ضمّه إلى أولاده لأن نفقة العدد لا تضيق بزيادة واحد، أما إذا كان كسب الولد لا يزيد عن نفقة نفسه وهو يعيش وحده، كان عليه أن يضمّ معه أصله، لأنّ رعايته لاسيما إذا كان فقيرا وعاجزا عن الكسب، بسبب مرضه أو كبر سنّه واجب، وليس من المروءة أن يُترك ليموت أو يسأل الناس، وإذا كان للولد والدين ولا يستطيع الإنفاق إلّا على أحدهما فالأم أولى، لحديث النبي ﷺ عن تقديم الأم على الأب، بينما رأى البعض عن أولوية الأب، لأنّه تحمّل نفقة الولد في الصّغر وكانت واجبة عليه وليست على الأم، ولذلك فالغنم بقدر الغرم⁽³⁾.

3- أن يكون المنفق وارثا في رأي الحنابلة: وعلى هذا الأساس لا نفقة مع اختلاف الدين⁽⁴⁾، وعند الحنفية⁽⁵⁾ ينبغي أن يكون المنفق قريبا مُستحقا للإرث من قريبه، وذهبوا مع المالكية⁽⁶⁾ والشافعية⁽⁷⁾ إلى أنّ اتّحاد الدين ليس شرطا لوجوب نفقة الأصل على الفرع.

بالرجوع إلى مسلك المشرّع الجزائري بهذا الخصوص، فإنّه صاغ المادة 77 من قانون الأسرة صياغة عامة شاملة لنفقة الأقارب من دون تفاصيل جدية، كما هو الشأن بالنسبة للفقهاء الإسلاميين، فنصّت المادة على: "تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والإحتياج ودرجة القرابة في الإرث"، فواضح أنّ المادة قد سايرت الإطار العام للفقهاء، من حيث يسارالفرع المكلف بالنفقة وهو ما ترجمته المادة بالقدرة، وكذا فقر الأصل الذي هو في حاجة لهذه النفقة، من خلال توظيف فكرة الإحتياج، فضلا على أنّه جنح إلى درجة الإرث في تأثروا واضح برأي الحنابلة.

وعالجت المحكمة العليا هذه الفكرة من خلال العديد من القرارات، منها ذلك الذي جعل النفقة واجبة على الوالدين في أي مكان كانا، دون ربطها بإقامتهم مع الفرع المكلف بالنفقة وهو ما جسّده القرار التالي: "المبدأ: لا تتوقّف النفقة الواجبة على الفروع تجاه الأصول على مكان إقامة الأصول، لكن وحيث أنّ المادة

(1) الدردير. الشرح الصغير. ج 2 ص 751.

(2) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 87.

(3) أحمد فراج حسين. أحكام الأسرة في الإسلام- الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب. ص 335...337.

(4) ابن قدامة المقدسي. الشرح الكبير على متن المقنع. ج 9 ص 277.

(5) السرخسي. المبسوط. ج 5 ص 224.

(6) بن جزي. القوانين الفقهية. ص 365.

(7) الشيرازي. المهذب في فقه الإمام الشافعي. ج 2 ص 166.

المذكورة أو حيث نفقة الفروع على الأحوال والنفقة تؤدى للوالدين في أي مكان كانا، ولا تشترط المادة إقامة الأصول في منزل المُنْفَق مِمَّا يجعل هذا الوجه من غير أساس قانوني. الأمرالذي يتعين معه رفض الطعن⁽¹⁾.

كما أنّ نفقة الوالدين ولا سيما الأم مكفولة قانونيا، خاصة إذا طلبتها عن طريق القضاء، وهو الأمرالذي كان بالإمكان تجنّبه، فكيف تصل درجة إهمال الوالدين إلى حدّ يجعلهم يلجؤون إلى أروقة المحاكم لإنقاذهم من العوز والمُتَّهم هم أبناؤهم، ففي هذه الحالات يحكم بالنفقة جبرا عليهم، وهو ما تضمّنه القرارالذي نصّ على: "نفقة الأصول على الفروع - إسقاط حق الأم في النفقة مخالفة الشرع، إنّ النفقة على الأصول واجبة حسب القدرة والإحتياج ودرجة القرابة والإرث وأنّ القضاء بإسقاط حقّ الأم عندما طلبت النفقة من أولادها رغم أنّ هذا الحق مُقرّر لها شرعا وقانونا هو حكم باطل ومخالف للشرع والقانون"⁽²⁾.

كما أنّه لا يمكن لبعض الأولاد التذرع بيسارالوالدين في محاولة منهم للتملّص من أعباء نفقتهم، والأخرى بهم هو المسارعة لمرضاتهم، عن طريق سبل عديدة لعلّ أبسطها التكلّف بحاجياتهم المعيشية، ولذلك وجب الاعتماد على إثبات جدّي لمدى يُسرهما لإسقاط النفقة عليهم، وإثبات عُسرالفرع وضرورة التكلّف بنفقتهم وسكنهم⁽³⁾.

في نفس السّياق تثير نفقة الأجداد والجّدات اختلافا فقهيا، باعتبارهما من الأصول، حيث رأى المالكية أنّ نفقة الأصول تخصّ الوالدين فقط دون امتداد للأجداد والجّدات، وعلى هذا الأساس لا يلزم نفقة ابن الإبن أن يُنفق على جدّه أو جدّته لاعسارهما⁽⁴⁾.

بينما رأى جمهورالفقهاء⁽⁵⁾ أنّ النفقة للأصول تكون شاملة لهم وإن علوا، دون حصرها في الوالدين فقط على أساس أنّ الأجداد والجّدات كالأبوين.

بالرجوع إلى المشرّع الجزائري بخصوص مسؤولية الأحفاد على نفقة الأجداد، فإنّه ومن خلال المادة 77 من قانون الأسرة يتّضح مدى الجنوح لرأي الجمهور، واستبعاد رأي المالكية الذي حصر نفقة الأصول في الأبوين دون غيرهما، بينما وسّع الجمهور النفقة للأصول وإن علوا، وهذا الأمر في الحقيقة مدعاة للتّثمين، خاصّة إذا ثبت أنّ الأجداد ضاقت بهم السّبل في إيجاد مُعيل لهم هذا من جهة، وثبوت يسارالأحفاد من جهة

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 2002/07/03- ملف رقم 264458 - (المجلة القضائية لسنة 2002. العدد الثالث ص 45) .

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 2000/11/21- ملف رقم 254643 - (المجلة القضائية لسنة 2003. العدد الرابع ص 89).

(3) أنظر: المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 2005/07/13- ملف رقم 337343- (المجلة القضائية لسنة 2006. العدد الثالث ص 110).

(4) الخرشي. شرح الخرشي على مختصر خليل . ج 4 ص 204.

(5) الزيلعي. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق . ج3 ص 63؛ الشافعي. الأم . ج5 ص 100؛ ابن قدامة. المغني . ج 9 ص 257.

أخرى، حرصا على ترابط الأجيال وتراصّها.

فلو كان الأب أو الجدّ فقيرا أو عاجزا عن الكسب بسبب البطالة أو الضّعف، وأنّ ابنه أو حفيده ميسور الحال، فإنّه بإقامة الدّعى أمام القضاء ضدّه، فيجوز للمحكمة أن تحكم للأب أو الجدّ بنفقة ثابتة تكفيه لسدّ حاجاته الضّروريّة⁽¹⁾.

وفي نفس السياق ذهبت المحكمة العليا من خلال القرار الذي نصّ على: "لكن وحيث أنّ الجدّ يعتبر أصلا للولد وهو بمنزلة والده المتوفي فكما تجب عليه النّفقة يكون له أيضا حقّ الزيارة طبقا للمادة 77 من قانون الأسرة..."⁽²⁾، فجعل هذا القرار واجب النّفقة على الجدّ لصالح الحفيد، مستندا بذلك إلى المادة 77 من قانون الأسرة، وهي المادة التي تضمّنت الحالة العكسية أي إنفاق الفروع على الأصول وإن علوا، فيمكن بإعمال المفهوم المخالف لهذا القرار أن يتولّى الحفيد واجب الإنفاق على جدّه، وهو ما يُعدّ استمرارا في الفكرة التشريعية لشمولية النّفقة للأصول وإن علوا.

ففي صورة ما لم يوجد ولد يتولّى الإنفاق وتعدّد الفروع، فرأى الحنفية⁽³⁾ أنّه إذا اتّحدت درجاتهم وجبت النّفقة بينهم بالتساوي، سواء كانوا وارثين أو كان بعضهم وارثا والبعض غير وارث، ولا يؤخذ بعين الاعتبار أنّ للذكر ضعف ما للأنثى، وأمّا إذا اختلفت درجة القرابة وجبت النّفقة على الأقرب درجة، أمّا المالكية⁽⁴⁾ فقد رأوا أنّه بتعدّد الأولاد فإنّ النّفقة توزّع على الموسرين بقدر تفاوت يسرههم، كما قال الشّافعية⁽⁵⁾ أنّ الفروع إذا اتّحدت درجة قرابتهم فالنّفقة تكون بالتساوي، وإن كان هناك تفاوت في اليسار، أمّا إذا كان الاختلاف في درجة قرابة الفروع، فالنّفقة على الأقرب سواء كان وارثا أو غيره ذكرا أو أنثى، فإذا استوت القرابة فتجب النّفقة في الأصحّ بالإرث لقوّته، وإذا تساوى الفرعان في الإرث؛ فقليل يستويان في النّفقة وقيل أيضا يوزّع الإنفاق عليهما بحسب الإرث، بينما قال الحنابلة⁽⁶⁾ أنّه إذا اتّحدت درجة قرابة الفروع كما هو الحال في بنت وابن، فالنّفقة بينهما أثلاث كما الميراث، وإن اختلفت الدّرجة كما هو الحال في بنت وابن ابن فالنّفقة بينهما نصفين كالميراث.

ثانيا: نفقة الفروع على الأصول.

الفروع هم أولاد الشّخص، وأولاد أولاده وإن نزلوا ذكورا كانوا أو إناثا، ودليل استحقاقهم للنّفقة واضح

(1) عبد العزيز سعد. إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية . ص 202.

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1998/04/21 ملف رقم 189181. عدد خاص . ص 193.

(3) ابن عابدين . حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبوحنيفة . ج 3 ص 623.

(4) التّردير . الشّرح الصغير . ج 2 ص 752 .

(5) الشّربيني . مغني المحتاج . ج 3 ص 450 وما بعدها.

(6) ابن قدامة . المغني . ج 9 ص 268 .

من خلال قوله تعالى: ﴿...وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ...﴾⁽¹⁾، وكذلك قوله ﷺ لهند بنت عتبة زوج أبي سفيان: "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"⁽²⁾، ولذلك وجب مراعاة بعض الضوابط حتى تسري وتجب نفقة الفرع على أصله كما يلي:

1- أن يكون الولد فقيراً: فإذا كان ذا مال فإما أن يكون ماله حاضراً أو غائباً، فإذا كان مال الولد حاضراً فإن نفقته تجب في ماله، لأن وجوب نفقة الولد على الأب سببها الحاجة، وهي التي انتفت بوجود ماله، فإذا كان ماله الحاضر من جنس النقد وجب على أبيه الإنفاق عليه منه، وإن كان ماله الحاضر من غير جنس النقد كان للأب أن يبيع وينفق عليه من ثمنه، وأما إذا كان مال الولد غائباً فيجب على الأب أن ينفق عليه من مال نفسه، فإذا أنفق عليه بإذن القاضي، أو بعد الإشهاد عليه بأنه سيأخذ من مال الولد إذا حضر، كان له أن يرجع عليه بما أنفق، أما إذا أنفق على الولد من دون إذن القاضي أو إشهاد لم يمكنه الرجوع عليه⁽³⁾.

2- أن يكون الأب قادراً على الإنفاق: وفي ذلك قد يكون الأب فقيراً ولكنّه قادر على الكسب، وكان غير مريض ففي هذه الحالة لا يشترط يسار الأب حتى تجب عليه نفقة الولد، فقدرته على الكسب كفيلة بجعله مسؤولاً عن النفقة، فإذا امتنع الأب عن نفقة الولد، يؤمر بالتكسب حتى يستطيع الإنفاق عليه وإلا حبسه القاضي⁽⁴⁾، "أما إن كان معسراً بحيث تجب نفقته على غيره من الأصول أو الفروع، وكان عاجزاً عن الكسب، فلا نفقة عليه؛ لأنّه لا يعقل إيجاب النفقة عليه وهو يأخذ نفقته من غيره، إذ أن فاقده الشيء لا يعطيه، وهذا هو الصحيح"⁽⁵⁾.

3- أن يكون الولد عاجزاً عن الكسب: وذلك لعدة أسباب من أهمها الصغر والعاهة المانعة من الكسب كالشلل والعمى، فضلاً على الأنوثة⁽⁶⁾، فتجب نفقة البنت الفقيرة على أبيها مهما بلغت حتى تتزوج، وعندئذ تصبح نفقتها على الزوج، فإذا طلقت عادت نفقتها على الأب، ولا يجوز للأب أن يجبرها على الاكتساب، فإن اكتسبت من مهنة شريفة لا تعرضها للفتنة كخیاطة وتعليم وتطبيب، سقطت نفقتها عن الأب، إلا إذا كان كسبها لا يكفيها، فعلى الأب إكمال النفقة التي تحتاجها، بالإضافة إلى الولد الذي يُباشر دراسة أو تعليماً يحول دون تكسبه، شرط أن يكون مُجتهداً ناجحاً، فإن كان مُخففاً في دراسته، فلا جدوى في تعليمه، وعليه الانصراف إلى تعلم مهنة حرة تكفيه⁽⁷⁾.

فإذا لم يكن الأب أو كان فقيراً أو عاجزاً عن الكسب بسبب المرض أو الكبر، كانت نفقة الفروع في رأي

(1) سورة البقرة . الآية 233.

(2) سبق تخريجه.

(3) محمد محي الدين عبد الحميد . الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية . ص 225.

(4) أحمد نصر الجندي . الحضانة والنفقات في الشرع والقانون . ص 193 و 194.

(5) وهبة الزحيلي . الفقه الإسلامي وأدلته . ج 10 ص 137 .

(6) محمد محي الدين عبد الحميد . الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية . ص 225.

(7) وهبة الزحيلي . المرجع السابق . ج 10 ص 139 .

الحنفية⁽¹⁾ على الموجود من الأصول ذكرا كان أو أنثى إذا كان موسرا، فتجب على الجدّ وحده إذا كان موسرا، أو على الأم وحدها إذا كانت موسرة، وللجدّ أو الأم إذا كان الأب معسرا ومريضا مرضا غير مُزمن، فيرجع عليه إذا أصبح موسرا، ويكون دينا على والدهم ويمكن الرجوع عليه إذا أمرالقاضي بالإفراق، وإذا كان الجدّ مع الأم كانت النّفقة عليهما بنسبة ميراثهما فعلى الأم الثلث وعلى الجد الثلثان، وإن كان الجدّ مع الجدّتين كان على الجدّتين السدس مناصفة بينهما وعلى الجدّ الباقي، وإن كان أقارب الأولاد من غير الورثة كأن كانوا من ذوي الأرحام كانت النّفقة على أقربهم في الدّرجة، وإن اتحدت درجتهم كانت كانت النّفقة بينهم بالسّوية، وإن كان البعض وارثا والبعض غير وارث واتحدوا في الدّرجة كانت النّفقة على الوارث دون غيره.

كما ورأى المالكية⁽²⁾ أنّ النّفقة تجب على الأب دون غيره، ودليلهم في ذلك أمرالنبي ﷺ بالصدقة فقال رجل يارسول الله عندي دينار فقال: "تصدّق به على نفسك"، قال: عندي آخر قال: "تصدّق به على ولدك"، قال: عندي آخر، قال: "تصدّق به على زوجتك"، أو قال: "زوجك"، قال: عندي آخر قال: "تصدّق به على خادمك"، قال: عندي آخر، قال: "أنت أبصر"⁽³⁾، فجاء التّحديد محصورا في الحديث ولم ينصّ على غير ذلك. كما رأى الشّافعية⁽⁴⁾ أنّه إذا لم يكن الأب أو كان عاجزا كانت النّفقة على الأم، كما وتجب نفقة ولد الولد الولد لأنّ الجدّة كالأم، والجد كالأم، وإذا استوت درجة القربة واستحقاق الإرث كانت النّفقة على المتساوين، وإن تفاوتت درجة القربة كانت النّفقة على الأقرب وارثا كان أو غيره، وإن استوت القربة يقدّم الأقرب، فإذا كان أم وجد أبو أب، كانت النّفقة على الجدّ لأنّه من العصبات كالأب، وإن كان للفرع أجداد وجدات يدلي بعضهم ببعض فالنّفقة على الأقرب منهم، وإن لم يُدلّ بعضهم ببعض فتلزم النّفقة بالقرب.

وقال الحنابلة⁽⁵⁾ أنّه إذا لم يكن للولد أب كانت النّفقة على كلّ وارث بحسب ميراثه، فإن كان للولد أم وجدّ كانت النّفقة عليهما بحسب النّصيب في الميراث، أي أنّ على الأم ثلث النّفقة والثلثان على الجدّ، وإن كان للولد جدّة وأخ فعلى الجدّة سدس النّفقة والباقي على الأخ، وعلى هذا المعنى حساب النّفقات يعني أن ترتيب النّفقات على ترتيب الميراث، فكما أن للجدّة هنا سدس الميراث فعليها سدس النّفقة، وكما أن الباقي للأخ فكذلك الباقي من النّفقة عليه.

بالرجوع إلى المشرّع الجزائري فإنّه حصرنفقة الأقارب في المادة 77 من قانون الأسرة دون توضيح لشروط خاصة بنفقة الأولاد في هذه المادة، ولكن بالرجوع إلى نصّ المادة 75 من قانون الأسرة التي نصّت على: "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سنّ الرّشد والإناث إلى الدّخول. وتستمرّ في

(1) ابن عابدين . حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبوحنيفة . ج3 ص 613 وما بعدها.

(2) الرّديري . الشّرح الصغير . ج2 ص 753 .

(3) رواه أبو داود (أنظر أبو داود . سنن أبي داود . كتاب الزكاة . باب في صلة الرّحم . الحديث رقم 1691 . ج1 ص 529).

(4) الشيرازي.المهذّب في فقه الإمام الشافعي. ج 2 ص 166 وما بعدها .

(5) ابن قدامة. المغني . ج 9 ص 265 وما بعدها.

حالة ما إذا كان الولد عاجزا بأفة عقلية أو بدنية أو موزولا للدراسة ويسقط بالاستغناء عنها بالكسب"، فواضح أنّ المشرع الجزائري قد ساير الرأي الفقهي الرّاجح من خلال جعل نفقة الولد ذكرا كان أو أنثى من مال والده إن لم يكن له مال.

كما ضبط المشرع فترة استحقاقها ببلوغ الولد الذكر لسنّ الرّشد والمقدّر بتسعة عشر سنة كاملة، وبالنسبة للإناث لحين سنّ الدّخول، وهي فكرة تستدعي التّثمين حيث قد تبلغ البنت سنّ الزّواج المقدّر بتسعة عشر سنة ومع ذلك لا تتزوّج فلا تجد من يُعيلها.

هذا ورأى جمهور الفقهاء أنّ نفقة الولد الذّكر لحين بلوغه صحيحا، وأمّا الأنثى فلزواجها فإن تزوّجت فلا نفقة لها⁽¹⁾، وقال الشّافعي في رأي أنّ النفقة مربوطة بالبلوغ للذكر أو الأنثى حيث قال: "...وَيُنْفِقُ عَلَى وَلَدِهِ حَتَّى يَبْلُغُوا الْمَحِيضَ وَالْحُلُمَ ثُمَّ لَا نَفَقَةَ لَهُمْ عَلَيْهِ إِلَّا أَنْ يَتَطَوَّعَ"⁽²⁾.

كما أنّ المحكمة العليا سايرت هذا الطّرح من خلال تحديد سنّ الرّشد كحدّ لنفقة الأب على ابنه، وهو ما جسّده القرار الذي نصّ على: "...تبيّن من مراجعة القرار المطعون فيه بالنّقض أنّه فعلا قضى بنفقة للابن (ن) البالغ من العمر 21 سنة تقريبا ولمدة سابقة مُخالفا بذلك مضمون المادة 75 من قانون الأسرة التي نصّت على وجوب النّفقة للأولاد على الآباء حتى بلوغهم سنّ الرّشد القانوني المعمول به قانونا وأنّ المطالب بالنّفقة طالب بها بعد تجاوزه سنّ الرّشد القانوني 19 سنة لذا ينبغي رفضه"⁽³⁾.

كما أنّ الأمر بالنسبة للبنت منوط بزواجها ودخولها الفعلي، وليس مجرد بلوغها سنّ الزّواج، وهو ما ترجمه القرار القضائي الذي نصّ على: "نفقة بنت - انقضاؤها - بانتهاء الحضانة - لا بالدّخول - نعم - بالإستغناء بالكسب - نعم، المبدأ : تبقى نفقة البنت على والدها، مُلازمة لها ولا تسقط عنها، إلّا بالدّخول أو بالإستغناء عنها بالكسب، حيث يتبيّن من مدوّنات القرار المطعون فيه ومن دراسة ملف الدعوى أنّ الطاعن لم يستلم البنت (ن) بعد حصوله على حكم بإسناد حضانتها إليه، فإنّ نفقتها تبقى لازمة لها ولا تسقط عنها لمجرد بلوغها سنّ الزواج وإنّما تسقط عنها بالدّخول عملا بأحكام المادة 75 من قانون الأسرة"⁽⁴⁾، فاستحقاق البنت للنّفقة يجب أن يأخذ بعين الاعتبار الدّخول الحقيقي أو القدرة على الكسب.

كما أنّ ضوابط استحقاق الأولاد ولا سيما الإناث منهم مرتبطة بالاحتياج الفعلي، وأنّ قدرتهم على الكسب تجعل الأب في حلّ من نفقتهم، وهو ما زكّاه القرار الذي نصّ على: "من المقرّر قانونا أنّه" تجب نفقة

(1) ابن قدامة المقدسي. الشرح الكبير على متن المقتع. ج 9 ص 278؛ الشريبي. مغني المحتاج. ج 3 ص 450 وما بعدها؛ الدردير. الشرح الصغير. ج 2 ص 751.

(2) الشافعي. الأم. ج 5 ص 87.

(3) المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1989/21/25 - ملف رقم 57227 - (المجلة القضائية لسنة 1991. العدد الرابع ص 106).

(4) المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 2005/05/23 - ملف رقم 318418 - (الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية - عدد خاص سنة 2006 - ص 32).

الولد على الأب ما لم يكن له مال... ويسقط بالاستغناء عنها بالكسب". ولما ثبت في قضية الحال أنّ قضية الموضوع لما قضوا بالإنفاق على من لا يستحقّ النفقة كالبنات المتوفيات أو البنات اللواتي يعملن ولهنّ كسب فإنّهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون...⁽¹⁾.

ويستمرّ إنفاق الأب على ابنه الذي يعاني إعاقه معيّنه بالرغم من تقاضيه منحة جرّاء ذلك، على أساس أنّه غير قادر على الكسب، وأنّ هذه المنحة لا تعدو أن تكون إعانة، وهو ما تضمّنه القرار الذي نصّ على: "من المقرّر قانوناً بأنّه يُلزم الأب بالإنفاق على الولد الذي ليس له كسب ومتى تبث- في قضية الحال- أنّ الولد المُنفق عليه معوّق ويتقاضى منحة شهرية فإنّ القضية بقضائهم بحقه في النفقة لأنّ المنحة التي يتقاضاها مجرد إعانة لا تكفي حاجياته طبّقوا صحيح القانون"⁽²⁾.

غير أنّ الأب قد يُعفى من الإنفاق إذا أثبت أنّه يعاني مرضاً مُزمناً، في ظلّ قدرة الأولاد على الكسب، وهو ما ترجمه قرار المحكمة العليا الذي نصّ على: "...خصوصاً وأنّه متقدّم في السنّ ويعاني أمراضاً مزمنة. حيث أنّ الفقرة الأخيرة من المادة 75 من قانون الأسرة التي تقضي بسقوط النفقة عن الولد أو البنت عند الاستغناء عنها بالكسب..."⁽³⁾.

فالقضاة أثناء تقريرهم للنفقة الخاصة بالأولاد يجب أن تكون مسبّبة وإلاّ كانت مخالفة للقانون، وهو ما نصّ عليه القرار التالي: "من المقرّر قانوناً أنّ الأنثى تستحقّ النفقة حتى يتمّ الدخول بها إلى بيتها الزوجي أو حصولها على كسب. ومتى تبين- في قضية الحال- أنّ القضية لما قضوا بحرمان البنات من النفقة دون توضيح السبب المعتمد عليه في حكمهم مع أنّ نفقة البنت تبقى على عاتق والدها إلى أن تنتقل إلى بيت الزوجية أو حصولها على كسب وعليه فإنّ القضية بقضائهم كما فعلوا خالفوا أحكام المادة 75 من قانون الأسرة"⁽⁴⁾.

كما أنّ إثبات دفع نفقة الأولاد من المسائل الموضوعية التي تتطلّب يمين الأب، وهو ما ذهب إليه قرار المحكمة العليا الذي نصّ على: "متى كان من المقرّر شرعاً أن إثبات دفع نفقة الأبناء من المسائل الموضوعية التي تقتضي بأنّه في حالة الخلاف عليها بين الزوجين، والحال أنّ الزوج حاضر بالبلد ويدّعي الإنفاق على زوجته وأبنائه منها فالقول له بيمينه، وأنّ القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعدّ خرقاً لمبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية. إذا كان الثابت في قضية الحال أنّ نفقة الإبن حُكِمَ بها على أبيه الطّاعن بدون دليل أو

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1996/07/09 - ملف رقم 138958 - (المجلة القضائية لسنة 1998. العدد الأول. ص 123).

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1998/02/17 - ملف رقم 179126 - (الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية . عدد خاص سنة 2001. ص 198).

(3) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1998/04/21 - ملف رقم 189258 - (المجلة القضائية لسنة 2001. عدد خاص. ص 200).

(4) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1999/02/16 - ملف رقم 218736 - (الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية . عدد خاص سنة 2001. ص 206).

يمين رغم ادّعائه أنّه لم يترك ابنه بدون نفقة طوال فترة الفراق، فإنّ الحكم بها عليه دون يمينه يُعدّ حيادا عن القواعد الشرعية المتعلقة بإثبات دفع نفقة الأبناء...⁽¹⁾.

غير أنّ المشرّع المغربي ربط استمرار نفقة الأب على أولاده إلى حين بلوغهم سنّ الرشد، أو إتمام سنّ الخامسة والعشرين بالنسبة لمن يتابع دراسته، ولا تسقط نفقة البنت إلّا بقدرتها على الكسب، أو بوجوب نفقتها على زوجها، وهوما أشارت إليه المادة 198 من المدونة، وتستمرّ النفقة عليهم في حالة إصابتهم بعاهة أو عجزهم عن الكسب، على أن تشمل النفقة كلّ الضرويات⁽²⁾.

وذهب المشرّع التونسي إلى استحقاق الأولاد للنفقة حتى بلوغ سنّ الرشد أو امتداد ذلك إلى نهاية تعليمهم على أن لا يتجاوز سنّ الخامسة والعشرين، ويبقى الإنفاق على البنت لحين قدرتها على الكسب أو وجوب نفقتها على زوجها، فضلا على ضرورة الإنفاق على الأولاد العاجزين بصرف النظر عن سنّهم، وفقا للفصل 46 من المجلّة، على أنّ هذه النفقة قابلة للمراجعة بتغيّر مبلغها سواء للمنفق أو المنفق عليه وإمّا بالحذف⁽³⁾.

كما أنّ المشرّع الجزائري راعى البعد الدّولي بخصوص العناية بالأولاد، ولا سيما الإنفاق عليه، من خلال اتفاقية حقوق الطّفل، حيث يكون الإنفاق على الطّفل من طرف الوالدين أو غيرهما، وهو ما أشارت إليه المادة 27 في فقرتها الثانية: "2. يتحمّل الوالدان أو أحدهما أو الأشخاص الآخرون المسؤولون عن الطفل، المسؤولية الأساسية عن القيام، في حدود إمكانياتهم المالية وقدراتهم، بتأمين ظروف المعيشة اللازمة لنموّ الطفل".

وفي نطاق قانون حماية الطّفل أشار المشرّع الجزائري إلى ضرورة تولي الوالدين الإنفاق على أولادهم، وهو ما تضمّنته المادة الخامسة بنصّها على: "كما يقع على عاتقهما تأمين ظروف المعيشة اللازمة لنموّه في حدود إمكانيتهما المالية وقدراتهما".

كما أشار المشرّع الجزائري في قانون حماية الطّفل أنّه في صورة تسليم الطّفل للغير أو وضعه في مركز من مراكز الرّعاية، فيبقى على المكلف بالنفقة الإسهام في النفقة عليه، ويتولّى قاضي الأحداث تحديد هذا النّصيب شهريا، وهو ما أشارت إليه المادة 44 بنصّها على: "عند تسليم الطّفل للغير أو وضعه في أحد المراكز أو المصالح المنصوص عليها في المادتين 36 و41 من هذا القانون، يتعيّن على المُلزم بالنفقة أن يشارك في مصاريف التّكفّل به، ما لم يثبت فقر حاله. يحدّد قاضي الأحداث المبلغ الشّهري للمُشاركة في هذه المصاريف

(1) المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1984/01/09 - ملف رقم 32158 - (الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية . العدد الثاني. ص 53).

(2) أحمد أباش. الأسرة بين الجمود والحداثة . منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2011 . ص 197.

(3) ساسي بن حليمة. محاضرات في قانون الأحوال الشخصية. ص 128.

بموجب أمرهائي غير قابل لأي طريق من طرق الطعن. يدفع هذا المبلغ شهريا، حسب الحالة، للخزينة أو للغير الذي يتولى رعاية الطفل".

في نفس السياق المتعلق بنفقة الفروع على أصولهم، تظهر فكرة مدى مسؤولية الأم وألزوج في نفقتها على أولادها في ظل ثبوت عجز الأب وألزوج، وذلك محل اختلاف فقهي؛ فرأى الجمهور⁽¹⁾ وجوب نفقة الأولاد على أمهم إذا ثبت عسر الأب وعدم قدرته على النفقة عليهم، "فإن الأم تجب نفقتها ويجب عليها نفقة ولدها إذا لم يكن له أب وبهذا قال أبوحنيفة والشافعي وحكي عن مالك أنه لا نفقة لها ولا عليها لأنها ليست عسبة لولدها... ولأنها أحد الوالدين فأشبهت الأب، ولأن بينهما قرابة توجب رد الشهادة ووجوب العفو فأشبهت الأب فإن أعسر وجبت النفقة على الأم"⁽²⁾، ودليلهم في ذلك قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْعِمَ الرِّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ...﴾⁽³⁾، "فَلَمَّا أُوجِبَ عَلَى الْأُمِّ مَا عَجَزَ عَنْهُ الْأَبُ مِنَ الرِّضَاعِ وَجَبَ عَلَيْهَا مَا عَجَزَ عَنْهُ مِنَ النِّفْقَةِ، وَلَئِنْ الْبَعْضِيَّةَ فِيهَا مُتَحَقِّقَةٌ وَفِي الْأَبِ مَظْنُونَةٌ فَلَمَّا تَحَمَّلَتْ بِالْمَظْنُونَةِ كَانَ تَحَمُّلُهَا بِالْمُسْتَيْقِنَةِ أَوَّلَى: وَلَئِنَّهُ لَمَّا تَحَمَّلَ الْوَلَدُ نَفَقَةَ أَبَوَيْهِ وَجَبَ أَنْ يَتَحَمَّلَ أَبَوَاهُ نَفَقَتَهُ، وَأَمَّا الْآيَةُ فَلَا دَلِيلَ فِيهَا لُورُودِهَا فِي نَفَقَاتِ الزَّوْجَاتِ"⁽⁴⁾.

بينما رأى المالكية⁽⁵⁾ عدم وجوب نفقة الأولاد على الأم، ودليلهم هو قوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ...﴾⁽⁶⁾، فَأَوْجِبَ النِّفْقَةَ لَهُنَّ وَلَمْ يُوجِبِ النِّفْقَةَ عَلَيْهِنَّ⁽⁷⁾، بِفَضْلِ الْقَوَّامِيَّةِ؛ فَعَلَيْهِ أَنْ يَبْذُلَ الْمَرْءُ وَالنِّفْقَةَ⁽⁸⁾.

بالرجوع إلى مسلك المشرع الجزائري في هذه الجزئية، فقد عالجها في نطاق قانون الأسرة حيث رجح رأي الجمهور واستبعد بذلك رأي المالكية، حيث تتحمل الأم نفقة أولادها في ظل عسر الأب، وذلك بموجب المادة 76 التي نصت على: "في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك".

وعلى نفس المنوال دأبت المحكمة العليا على تجسيد ذات المبدأ من خلال القرار الذي نص على: "من المقرر قانونا أن يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر عند نشوز أحد الزوجين، وتلزم الأم بدفع نفقة

(1) الشيرازي. المهدب في فقه الإمام الشافعي. ج 2 ص 166؛ ابن قدامة المقدسي. الشرح الكبير على متن المقتع. ج 9 ص 279؛ الكاساني. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ج 4 ص 33.

(2) ابن قدامة المقدسي. الشرح الكبير على متن المقتع. ج 9 ص 279.

(3) سورة البقرة. الآية 233.

(4) الماوردي. الحاوي الكبير. ج 11 ص 431.

(5) الدسوقي. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. ج 2 ص 524؛ الدردير. الشرح الصغير. ج 2 ص 755.

(6) سورة النساء. الآية 34.

(7) الماوردي. الحاوي الكبير. ج 11 ص 431.

(8) ابن العربي. أحكام القرآن. ج 1 ص 530.

الأولاد متى كانت قادرة على ذلك وعجز الأب عن دفعها⁽¹⁾، والمقصود بالعجز عند الأب ليس مقتصرًا على الإعسار فقط، بل يمكن أن يكون بسبب الإصابة بعاهة أو مرض مانع من الكسب، أو فقدان عمله ويثبت بأنّه لم يحصل على آخر بالرغم من السعي لذلك⁽²⁾.

بل إنّ المحكمة العليا قد أوجبت النفقة على الأم، وألزمتهما بها بعد وفاة زوجها حتى في وجود الجدّ، لا سيما إذا ثبت يسر الأم وعسرّه، وهو ما بيّنه نص القرار القضائي الذي نصّ على: "حيث أنّ الطّاعنين ما فتئا منذ بداية النزاع يوضّحان ويدافعان بأنّ المُستأنف عليهما زوجة ابنيهما المتوفى (ي.ت) وابنيه يعيشان معهما، إلّا أنّ قضاة المجلس أيدوا الحكم المُستأنف الصّادر عن محكمة عين الكبيرة 2004/09/27 برفع نفقة الولدين من 1000 إلى 1800 دينار التي على الطّاعن أن يدفعها لهما مع أنّه دفع بعجزه عن دفعها لعدم كفاية راتبه التقاعدي الذي لا يتعدّى خمسة آلاف دينار شهريًا، إلّا أنّهم أغفلوا الإجابة على ذلك، مع أنّه كان عليهم التأكّد من احتياج الولدين للنفقة، وأنّ أم الولدين المطعون ضدها عاملة ولها دخل، لأنّ النفقة لا تنتقل إلى الجدّ إلّا إذا كانت الأم بدون دخل، طبقا لما توجبه المادتين 76 و 77 من قانون الأسرة..."⁽³⁾، فمن خلال هذا القرار يتّضح أنّ المحكمة العليا قد أعطت المبرّر لانتقال نفقة الأولاد من الجدّ إلى الأم في حالة واحدة وهي ثبوت عسرّه وثبوت يسرّها، وبالتالي حاد عن رأي الحنابلة الذي جعله بحسب ميراث كلّ منهما.

وعلى منوال المشرّع الجزائري سار المشرّع المغربي في جعل نفقة الأولاد واجبة على الأم في حالة عجز الأب، وهو ما تضمّنته المادة 199 من المدوّنة، فبعجز الأب الجزئي أو الكلّي ينبغي على الأم الإنفاق في حدود الخصاص، وفي نفس السياق ذهب القضاء المغربي إلى جعل مصاريف التّمدّرس مُناصفة بين الطّليقين بمناسبة يُسر المرأة⁽⁴⁾.

كما ذهب المشرّع التونسي في نفس الاتجاه عندما أشار إلى إمكانية أن تُساهم الزّوجة في الإنفاق على الأسرة إن كان لها مال، لكن يبقى على الزّوج الدّور الرّئيسي في الإنفاق على أسرته باعتباره رئيسا للعائلة، مع مراعاة مشتملات النفقة، وهو ما أشار إليه الفصل 23 من المجلّة التّونسية للأحوال الشّخصية، ويكون الإنفاق بحسب الحال عسرا ويسرا، وبقدر حال الأولاد في نطاق مشتملات النفقة⁽⁵⁾، وتكون الأم مُقدّمة على الجدّ في الإنفاق وهو ما نصّ عليه الفصل 47 من المجلّة.

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية- قرار مؤرخ في 14/06/1994. ملف رقم 110607- (المجلة القضائية لسنة 1995 العدد الثاني. ص 95).

(2) لحسين بن شيخ آث ملويا. المرشد في قانون الأسرة. ص 276.

(3) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية- قرار مؤرخ في 09/05/2007. ملف رقم 390381- (المجلة القضائية لسنة 2008. العدد الثاني. ص 298).

(4) محمد الأزهر. شرح مدوّنة الأسرة. ص 271.

(5) أحمد نصر الجندي. الأحوال الشّخصية في القانون التّونسي. ص 40.

الفرع الثاني: سقوط نفقة الأقارب.

يُمكن للشخص المكلف بدفع النفقة أن يعفى من تأديتها، في ظلّ توافر ظروف معيّنة تجعل من أمر سقوط نفقة القريب أمرا واقعا، فتسقط نفقة الأقارب للولد والوالدين عند الحنفية والشافعية والحنابلة⁽¹⁾ بمضي المدّة، بمعنى أنّه إذا قضى القاضي بها ومضت مدّة شهر أو أكثر، دون قبض أو استدانة من القريب المستحقّ للنفقة سقطت عند الحنفية، إلّا أن يأذن القاضي بالاستدانة على المنفق عليه، وسبب ربطها بالمدّة، إلى أنّ هذه النفقة إنّما جُعِلت بالأساس للمُحتاجين من الأقارب، فإذا انقضت المدّة المقرّرة ولم يقبضها القريب المُحتاج دلّ ذلك على أنّه في غنى عنها، بينما رأى المالكية سقوط نفقة الوالدين والأولاد بمرور المدّة، إلّا أن يفرضها القاضي فتكون ثابتة، غير أنّ نفقة الزوجة لا تسقط بمرور هذه المدّة، لأنّ الباعث عليها هو الاحتباس وليس الحاجة⁽²⁾.

فالقريب المحتاج للنفقة تسقط نفقته على قريبه إذا اكتسب، وتصبح نفقته ليست واجبة، إلّا إذا لم يكتسب ما يكفيهِ فتُكمل له النفقة، كما أنّ نفقة القريب فيما دون الشّهر ونفقة الزوجة وكذا نفقة الصّغير، لا تسقط بمضي الزّمان، بل تصير دينا بالقضاء، ولا تسقط نفقة القريب غير الزوجة إذا استدان بأمر من القاضي⁽³⁾.

إذن فنفقة القريب لا تكون دينا في الذمّة إلّا إذا قضى بها القاضي وأمر باستدانتها، واستدانها القريب فعلا، فضلا على أنّه إذا قُضي بها ومُرّت مدّة شهر على استحقاقها فلا يجوز له المطالبة بها، بل له أن يطالب بنفقة شهر جديد، لأنّ ذلك دليل على عدم احتياجه إلّا إذا كان القاضي قد أمر باستدانتها فإنّها تثبت دينا للغريم، كما أنّه إذا مات مستحقّ النفقة الذي قضى له بها قبل أخذها أو استدانتها فليس لورثته الحقّ في المطالبة بها، ذلك أنّها لم تثبت دينا في ذمّة من فرضت عليه⁽⁴⁾.

أولا: سقوط نفقة الأصول في قانون الأسرة الجزائري.

بالرجوع إلى مسلك المشرّع الجزائري، فإنّه حسم مسألة سقوط نفقة الأقارب من خلال نفس الموادّ النّاطمة لاستحقاقها بحسب نوع كلّ منها، لا سيما نفقة الأصول والفروع، فبالنسبة لسقوط نفقة الأصول عالجتها المادة 77 من قانون الأسرة، فوضح من خلال هذه المادة إمكانية الدّفع بعدم تأدية مبالغ النفقة بعدم الاحتياج المادي لمستحقّ للنفقة، لا سيما إذا كان من الأصول وهذا يُعتبر الضّابط الأول في فرضها، وبالمقابل لا بدّ من مراعاة قدرة القريب المكلف بها، فإذا ثبت عسره فلا مناص من متابعتها بها، وهو ما قصد

(1) الكاساني. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع . ج4 ص 38؛ الشيرازي. المذهب فب فقه الإمام الشافعي. ج2 ص 167؛ ابن

قدامة. المغني. ج 9 ص 250.

(2) بن جزي . القوانين الفقهية. ص 365.

(3) وهبة الزحيلي . الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 100 .

(4) أحمد نصر الجندي . الحضانة والنفقات في الشّرع والقانون. ص267.

به المشرع في المادة القُدرة، خاصّة في ظلّ قدرة الأصول على تولّي أمورهم المالية، في ظلّ عسر فروعهم من خلال رصد مبالغ التّقاعد المعتمدة أو غير ذلك من المكاسب.

لقد سارت المحكمة العليا على نفس النّسق من حيث اشتراط عسر الأصل لاستحقاق نفقة فرعه، وذلك من خلال القرار الذي نصّ على: "...لكن حيث أنّه وبعد الإطلاع على القرار المطعون فيه لا يستخلص منه أنّ الطاعن قد أثار الدفع بإلزام جميع أبناء المطعون ضدها بدفع النّفقة وتوفير سكن لها بل أثار فقط الدّفع بأنّ لها أبناء آخرين وبأنها ميسورة الحال وليست بحاجة للإنفاق عليها والقرار المطعون فيه قد ناقش دفعه وأجاب الطاعن بأنّ المطعون ضدها أمّه إن شاء أو أبي وأنّ نفقتها واجبة عليه شرعا وقانونا مادام أنّها معسرة وطالما أنّه لا يوجد بالملف ما يفيد أنّها ميسورة وبالتالي فالقرار المطعون فيه عندما أيّد الحكم المستأنف فيما يخصّ دفع النّفقة من طرف الطاعن لأمّه وتوفير سكن لها أو دفع بدل الإيجار قد طبق أحكام المادة 77 من قانون الأسرة تطبيقا سليما، ممّا يجعل الوجهين غير مؤسسين الأمر الذي يتعيّن معه رفض الطعن"⁽¹⁾.

يتّضح من خلال هذا القرار أنّه قد تمّ إلزام الابن بالإنفاق على أمّه المعسرة خاصة بعد التّثبت من ملف القضية، وبالمفهوم المخالف من ملف القضية فإنّه لو تمّ التّأكد من مدى يُسرّها لكان ولدها في حلّ من مسؤولية نفقتها.

كما أنّ إسقاط نفقة الأصول يُعدّ مُخالفا للقانون سيما إذا ثبت عسرّها وذلك يمكن التّأكيد عليه من خلال القرار التّالي: "...إنّ النّفقة على الأصول واجبة حسب القدرة والإحتياج ودرجة القرابة والإرث وأنّ القضاء بإسقاط حقّ الأم عندما طلبت النّفقة من أولادها رغم أنّ هذا الحقّ مقرّر لها شرعا وقانونا هو حكم باطل ومخالف للشرع والقانون"⁽²⁾.

ثانيا: سقوط نفقة الفروع في قانون الأسرة الجزائري.

تضمّنت المادة 75 من قانون الأسرة المضامين العامّة لنفقة الفروع بنصّها على: "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سنّ الرّشد والإناث إلى الدّخول. وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا بأفة عقلية أو بدنية أو مُزاولا للدراسة ويسقط بالاستغناء عنها بالكسب"، فيمكن من خلال هذه المادة تبين أنّها وضّحت أهمّ سببين مُسقطين لنفقة الفروع كما يلي:

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 2005/07/13- ملف رقم 337343 - (المجلة القضائية لسنة 2006. العدد الثالث ص 110).

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 2000/11/21- ملف رقم 254643 - (المجلة القضائية لسنة 2003. العدد الرابع ص 89).

1- بلوغ سن الرشد للذكور والزواج للإناث.

وضعت المادة 75 شرطا يجب مُراعاته في نفقة الفروع، وهنا جرى التمييز بين الذكر والأنثى، حيث اشترطت في الذكر بلوغه سنّ الرشد أي 19 سنة كاملة، بالإضافة إلى أن يبلغها سليما من كلّ ما من شأنه المساس بقواه العقلية من عجز أو آفة عقلية، فضلا على إمكانية مُزاولته للدراسة، حيث يحول ذلك دون سعيه للتكسّب، وبالنسبة للإناث تسقط النفقة بزواجهنّ ودخولهنّ الفعلي لبית الزوج وليس مجرد العقد. في نفس السياق ذهبت المحكمة العليا إلى إسقاط نفقة الولد الذي بلغ سنّ الرشد عن أبيه وهو ما تضمّنه القرار الذي نصّ على: "...تبيّن من مراجعة القرار المطعون فيه بالنقض أنّه فعلا قضى بنفقة للابن (ن) البالغ من العمر 21 سنة تقريبا ولمدة سابقة مُخالفا بذلك مضمون المادة 75 من قانون الأسرة التي نصّت على وجوب النفقة للأولاد على الآباء حتى بلوغهم سنّ الرشد القانوني المعمول به قانونا وأنّ المطالب بالنفقة طالب بها بعد تجاوزه سنّ الرشد القانوني 19 سنة لذا ينبغي رفضه"⁽¹⁾.

هذا وجسّدت المحكمة العليا كذلك استحقاق البنات غير المدخول بهنّ للنفقة على عاتق أبيهنّ، من خلال القرار الذي نصّ على: "من المقررّ قانونا أنّ الأنثى تستحقّ النفقة حتى يتمّ الدّخول بها إلى بيتها الزوجي أو حصولها على كسب. ومتى تبيّن- في قضية الحال- أنّ القضاة لمّا قضوا بحرمان البنّتين من النفقة دون توضيح السّبب المعتمد عليه في حكمهم مع أنّ نفقة البنت تبقى على عاتق والدها إلى أن تنتقل إلى بيت الزوجية أو حصولها على كسب، وعليه فإنّ القضاة بقضائهم كما فعلوا خالفوا أحكام المادة 75 من قانون الأسرة"⁽²⁾.
2- غنى الفرع أو قدرته على الكسب.

وضّحت المادة 75 من قانون الأسرة وجوب نفقة الفرع على أصله إذا لم يكن له مال، وربطت سقوطها بقدرة الفرع المالية من حيث الكسب أو التملّك من ميراث أو هبة أو وصيّة، وكذا الاسترزاق عبر التّجارة أو الوظيفة، ويلاحظ اشتراك الذكر والأنثى في هذا السّبب المسقط للنفقة، فيكون ذلك باعثا جدّا على سقوط النفقة الواجبة المقرّرة قانونا على الأصل"⁽³⁾.

لقد سارت قرارات المحكمة العليا على نفس منوال المادة 75 من قانون الأسرة فيما يتعلّق بسقوط نفقة الفرع القادر على الكسب، حيث نصّ أحدها على أنّ مُزاولة البنت لمهنة تجعلها قادرة على الكسب هو سبب جدّي لإسقاط نفقة والدها عنها، وهو ما جاء في القرار الذي نصّ على: "حيث أنّ القرار المُنتقد لم يناقش الدّفع الذي أثاره المطعون ضده من أنّ بناته يمارسن حرفة الخياطة والطرز والنّسيج وبذلك فلّسن في حاجة إلى

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1989/21/25- ملف رقم 57227 - (المجلة القضائية لسنة 1991. العدد الرابع ص 106).

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1999/02/16- ملف رقم 218736 - (الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية لسنة 2001. عدد خاص . ص 206).

(3) عبد العزيز سعد. الزّواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري. ديوان المطبوعات الجامعية، ابن عكنون، الجزائر، ط2، 1982. ص 237.

الإنفاق عليهن خصوصا وأنه متقدّم في السن ويعاني أمراضا مزمنة. حيث أنّ الفقرة الأخيرة من المادة 75 من قانون الأسرة التي تقضي بسقوط النفقة عن الولد أو البنت عند الاستغناء عنها بالكسب...⁽¹⁾.

فضلا على أنّ الأب غير ملزم بتخصيص سكن مستقلّ للبنت التي تعدّت سنّ الحضانة وبالتالي دفع بدل إيجار لذلك، فهو مُلزم بإيوائها ببيته إلى غاية الدّخول، دون أن يكون مُلزما بتخصيص سكن منفرد لها، وهو ما تمّ بيانه في القرار الذي نصّ على: "ولمّا تبين من دعوى الحال وما يستشف من الملف أنّ الطّاعنة تعدّت سنّ الحضانة وحينئذ الأب (المطعون ضده) ملزم بإيوائها عنده إلى غاية الدّخول وليس تخصيص سكن منفرد كما تطالب به المدّعية في الطّعن..."⁽²⁾.

تضمّن المشرّع التونسي فكرة نوعيّة لم يُشر إليها المشرّع الجزائري بخصوص سقوط النفقة بانتفاء سبب وجوبها، واسترجاع ما دُفع بغير سبب، وفقا للفصل 51.

أشارت إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة إلى ضرورة أن تتقاسم المرأة الأعباء شأنها شأن الرّجل، بما في ذلك النفقة التي تدخل في سياق المسؤوليات الناشئة عن الزّواج، وهو ما تبنته المادة 16 في فقرتها (د) بنصّها على: "تتخذ الدّول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضدّ المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزّواج والعلاقات الأسرية وبوجه خاص تضمن، على أساس تساوي الرّجل والمرأة...: (د) نفس الحقوق والمسؤوليات كوالدة، بغض النّظر عن حالتها الزوجية، في الأمور المتعلقة بأطفالها، وفي جميع الأحوال، تكون مصالح الأطفال هي الرّاجحة..."، فالملحوظ أنّ الأم مكلفة بالإنفاق على فروعها وتحمل مسؤولياتها في هذا الشأن، وعليها وبسبب العلاقات الأسرية أن تتولّى المسؤولية المنوطة بها كاملة بدون تفرقة بسبب الجنس مع الرّجل، وهو ما يعدّ اختبارا جديا لها، وهو ما نصّ عليه قانون الأسرة من ضرورة تولي الأقارب النفقة بصرف النّظر عن جنسهم بحسب درجة القرابة والإرث.

المبحث الثاني: ثبوت الميراث للأقارب في قانون الأسرة الجزائري.

لا تنقضي الآثار المالية بين الأقارب بمجرد تحقّق حياتهم بل إنّها تمتدّ بعد الموت الذي هو سبب مُنشئ للحقّ في التّوارث بين الأقارب، ولا أدلّ على ذلك من أنّ القرابة هي أحد أسباب الميراث في قانون الأسرة الجزائري، ولهذا غني التّوارث بين الأقارب بأهمية تستحقّ التّحقيق في نطاق الشرع والتّشريع، مع الأخذ بالحسبان الاختلافات الموجودة بين النّساء والرّجال وهو ما ستتمّ معالجته في هذا المبحث وفقا للتّقسيم التّالي:

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1998/04/21- ملف رقم 189258 - (المجلة القضائية لسنة 2001. عدد خاص. ص 200).

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 2009/12/10- ملف رقم 535329 - (المجلة القضائية لسنة 2010. العدد الأول. ص 235).

المطلب الأول: أثر القرابة على الميراث.

المطلب الثاني: الأحوال الميراثية للأقارب.

المطلب الأول: أثر القرابة على الميراث.

إنّ القرابة سبب من أسباب الميراث، وهي اتّصال بين إنسان بالإشتراك في ولادة قريبة أو بعيدة، فالقرابة الحقيقية ناشئة عن الولادة بين المورث والمورث، وهي أقوى أسباب الميراث، وتشمل الأصول مهما علت درجاتهم، وتشمل الفروع كالأبناء وأبناء الأبناء مهما نزلت درجاتهم، وتشمل كذلك قرابة الحواشي كالأعمام والإخوة، وتشمل ذوي الأرحام كالأخوال والخالات، وتختلف درجة قوة وضعف القرابة بالنظر لارتباطها بالمورث⁽¹⁾، فيرث الأقارب من مورثهم، سواء كانوا رجالا أو نساء، فالورثة من الرجال هم الابن، ابن الابن وإن نزل، الأب، الجد وإن علا، الأخ الشقيق، الأخ لأب، الأخ لأم، ابن الأخ الشقيق، ابن الأخ للأب، العم الشقيق، العم لأب، ابن العم الشقيق، ابن العم لأب، الزوج، وما عدا هؤلاء فهو من ذوي الأرحام. أمّا من النساء فترث كلّ من البنت، بنت الابن، الجدة لأم، الجدة لأب، الأخت الشقيقة، الأخت لأب، الأخت لأم، الزوجة، ومن عدا هؤلاء من الإناث، فمن ذوي الأرحام⁽²⁾.

وقد تضمّن قانون الأسرة الجزائري الأقارب الوارثين من خلال مرتبتهم في الميراث، وهو ما شملته المادة 141 التي حدّدت الوارثين فرضا من الرجال، والمادة 142 التي حدّدت الوارثات من النساء بطريق الفرض، فضلا على المادة 150 التي حدّدت الميراث عن طريق التّعصيب باختلاف أنواعه، بالإضافة إلى المادة 168 التي نصّت على الميراث لذوي الأرحام.

فيمكن للأقارب أن يرثوا بطريق الفرض أو بالتّعصيب أو بقرابة الرّحم، وهو ما بيّنه المشرّع الجزائري من خلال المادة 139 من قانون الأسرة بنصّها على: "ينقسم الورثة إلى: 1/ أصحاب فروض. 2/ عصبه. 3/ ذوي الأرحام"، ولذلك ينبغي التفصيل في مراتب الورثة من الأقارب، وتفصيل طريقة ميراث كلّ منهم وفقا للتّفرع التالي:

الفرع الأول: ميراث الأقارب عن طريق الفرض.

الفرع الثاني: ميراث الأقارب عن طريق التّعصيب.

الفرع الثالث: الميراث بطريق الرّحم.

الفرع الرابع: الرد على أصحاب الفروض النّسبية.

الفرع الخامس: الميراث للمقرّله بنسب محمول على الغير.

(1) أحمد نصر الجندي. المواريث الشرع والقانون . دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2004 . ص 108.

(2) وهبة الزحيلي . الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 406.

الفرع الأول: ميراث الأقارب عن طريق الفرض.

يستحق الأقارب الميراث فرضاً، وفق نصوص شرعية ثابتة، ويعدّ الميراث بهذه الطريقة من أهمّ الطرق، ويمكن تفصيله كما يلي:

أولاً: معنى الميراث بالفرض.

يرث العديد من الورثة بهذا الطريق، ولذلك وجب تحديد معنى الفرض في اللغة والاصطلاح.

1- تعريف الفرض في اللغة.

الفرض في اللغة يعني ما أوجبه الله تعالى، وسَمِيَ كذلك لأنّ له معالم وحدوداً⁽¹⁾، وهو بالفرنسية (Part Héréditaire)⁽²⁾، وبالانجليزية (Duty)⁽³⁾، ويراد به التقدير وجعل النصيب⁽⁴⁾، وذلك لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ...﴾⁽⁵⁾، حيث إنّما أوجب في هذه الآية نصف المهر المفروض⁽⁶⁾، ويعني أيضاً القطع لقوله تعالى: ﴿...نَصِيبًا مَفْرُوضًا﴾⁽⁷⁾، أي مقطوعاً محدوداً، وبمعنى الإنزال، فقال تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِي فَرَضَ عَلَيْكَ الْقُرْآنَ...﴾⁽⁸⁾ أي أنزله، وبمعنى التبيين، فقال تعالى: ﴿قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ...﴾⁽⁹⁾ أي بين، وبمعنى الإحلال، فقال تعالى: ﴿مَا كَانَ عَلَى النَّبِيِّ مِنْ حَرَجٍ فِيمَا فَرَضَ اللَّهُ لَهُ...﴾⁽¹⁰⁾ أي أحلّ، وبمعنى العطاء تقول العرب لا أصبت منه فرضاً ولا قرضاً⁽¹¹⁾.

فللفرض عدّة معاني في اللغة العربية ولعلّ أقربها معنى في نطاق الميراث هو التقدير.

2- تعريف الفرض في الاصطلاح.

يُمكن تعريف الفرض في الاصطلاح على أنّه السهم الذي قدره الشرع للوارث بموجب الكتاب أو السنة أو بالإجماع⁽¹²⁾، فمن خلال التعريف، يتّضح أن أصحاب الفروض لهم أنصبة محدّدة بطريقة مباشرة، لا تحتل التأويل وفق نصوص شرعية معيّنة.

(1) ابن فارس. مجمل اللغة. ج1 ص 716.

(2) يوسف شلالة. المعجم العملي للمصطلحات القانونية والتجارية والمالية فرنسي عربي فرنسي. ص 164.

(3) محمد رواس قلعة جي؛ حامد صادق قنبي. معجم لغة الفقهاء. ص 344.

(4) إبراهيم مصطفى وآخرون. المعجم الوسيط. ص 682.

(5) سورة البقرة. الآية 237.

(6) ابن كثير. تفسير القرآن العظيم. ج 1 ص 642 .

(7) سورة النساء. الآية 7.

(8) سورة القصص . الآية 88 .

(9) سورة التحريم . الآية 2 .

(10) سورة الأحزاب . الآية 38 .

(11) الشربيني. مغني المحتاج. ج3 ص 2.

(12) محمد مصطفى شلبي. أحكام الموارث بين الفقه والقانون. ص 116.

لقد تطرّق المشرّع الجزائري للوارثين عن طريق الفرض، بموجب نصّ المادة 140 من قانون الأسرة التي نصّت على: "ذوي الفروض هم الذين حدّدت أسهمهم في التركة شرعاً"، فجاء التعريف مختصراً وملماً بحق هؤلاء الأقارب في الميراث بموجب النصوص الثابتة شرعاً.

ثانياً: دليل مشروعية الميراث بالفرض.

إنّ الميراث بالفرض ثابت من القرآن والسنة النبوية والقانون، ويمكن تفصيل ذلك كما يلي:

1- دليل مشروعية الميراث بالفرض من القرآن الكريم.

وردت الإشارة إلى الميراث بطريق الفرض بصفة عامّة، من خلال قوله تعالى: ﴿...فَرِيضَةً مِنَ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً حَكِيماً﴾⁽¹⁾، أي حكماً مُقدّراً بتقدير الله وفرضه وقسمه⁽²⁾.

كما تمّت الإشارة إلى العديد من أصحاب الفروض في القرآن الكريم، ومن ذلك ميراث البنت لقوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ...﴾⁽³⁾، أي: "يعهد إليكم ربكم إذا مات الميت منكم وخلف أولاداً ذكوراً وإناثاً، فلولده الذكور والإناث ميراثه أجمع بينهم، للذكر منهم مثل حظّ الأنثيين، إذا لم يكن له وارث غيرهم، سواء فيه صغار ولده وكبارهم وإناثهم، في أن جميع ذلك بينهم، للذكر مثل حظّ الأنثيين"⁽⁴⁾.

2- دليل مشروعية الميراث بالفرض من السنة النبوية.

جاءت السنة النبوية مواكبة للنصوص القرآنية في الدلالة على الميراث بالفرض، ويتجلى ذلك من خلال الإشارة العامّة إلى هذه الطريقة لقوله ﷺ "ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلأولى رجل ذكر"⁽⁵⁾.

كما يمكن إقامة الدليل على بعض حالات الميراث فرضاً، كميراث البنت الصّليّة حيث جاءت امرأة سعد بن الربيع إلى رسول الله ﷺ بابنتها من سعد، فقالت: يا رسول الله، هاتان ابنتا سعد بن الربيع، قتل أبوهما معك في أحد شهيداً، وإن عمّهما أخذ مالهما، فلم يدع لهما مالاً، ولا ينكحان إلا بمال، فقال: يقضي الله في

(1) سورة النساء . الآية 11.

(2) ابن كثير. تفسير القرآن العظيم. ج4 ص 169.

(3) سورة النساء . الآية 11

(4) الطبري . جامع البيان في تأويل القرآن . ج 7 ص 30 .

(5) رواه البخاري. صحيح البخاري. كتاب الفرائض. باب ميراث الولد من أبيه وأمه. الحديث رقم 6732 ج8 ص6؛ مسلم. صحيح مسلم. كتاب الفرائض. باب ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلأولى رجل ذكر الحديث رقم 1615.

ج3 ص123؛ الترمذي. الجامع الصحيح سنن الترمذي. كتاب الفرائض عن رسول الله ﷺ باب في ميراث العصبية. الحديث رقم 2105. ج 4 ص31؛ ابن ماجه. سنن ابن ماجه. كتاب الفرائض . باب ميراث العصبية. الحديث رقم 2740. ج 2 ص 915.

ذلك، فنزلت آية الميراث، فأرسل رسول الله ﷺ إلى عمّهما، فقال: "أعطي ابنتي سعد الثلثين، وأمّهما الثمن، وما بقي فهو لك"⁽¹⁾.

3- دليل مشروعية الميراث بالفرض من القانون.

أدرج المشرع الجزائري الميراث بالفرض في صلب قانون الأسرة من خلال المادة 139 التي حدّدت أصناف الورثة، ومن ضمنهم أصحاب الفروض، بالإضافة إلى المادة 140 التي صاغت تعريفاً مبيناً لهم. ثالثاً: أنواع الفروض ومقدارها.

يختلف الميراث بالفرض من قريب للآخر، ويراعى مقدار الفرض بحسب النصوص الشرعية والقانونية.

1- أنواع الفروض.

يمكن التمييز بين نوعين من الفروض، هما الفروض السببية والفروض النسبية.

أ- الفروض السببية.

يرث بهذا الصنف شخصان فقط هما الزوج والزوجة، وسمّيا كذلك لأنّ ميراثهما أساسه سبب معيّن، وهو عقد الزواج، ويستحيل اجتماعهما في مسألة واحدة، لعدم تصوّر ذلك منطقياً.

ب- الفروض النسبية.

يقصد بهم أصحاب الفروض الذين تربطهم مع المورث رابطة نسب، بمعنى رابطة دموية أساسها الولادة له أو عليه⁽²⁾، ويمكن حصرهم من الذكور في: الأب، الجدّ لأب وإن علا، الأخ لأم، ومن الإناث: البنت، بنت الإبن، الأم، الجدة من الجهتين وإن علت، الأخت الشقيقة، الأخت لأب، الأخت لأم.

ومن هؤلاء من هو صاحب فرض في جميع الأحوال، فميراثه دائماً عن طريق الفرض، ولا يرث بطريق التّعصيب أبداً وهم: الزوج الزوجة، والأم، والجدة، والإخوة من الأم؛ ومنهم من يرث بطريق الفرض تارة وبطريق التّعصيب تارة أخرى، وهم: البنت الصليبة، وبنات الإبن، والأخت الشقيقة، والأخت من الأب، فضلاً على أنّ منهم من يرث بالفرض والتّعصيب معا كالأب والجد⁽³⁾.

(1) الحديث حسنه الترمذي. الجامع الصحيح سنن الترمذي. كتاب الفرائض. باب ميراث ميراث البنات. الحديث رقم 2092. ج 4 ص 414؛ رواه أحمد. مسند الإمام أحمد بن حنبل. الحديث رقم 14840. ج 2 ص 352؛ ابن ماجه. سنن ابن ماجه. كتاب الفرائض، باب فرائض الصلب. الحديث رقم 2720. ج 4 ص 23؛ أبو داود. سنن أبي داود. كتاب الفرائض. باب ماجاء في ميراث الصلب، الحديث رقم 2891. ج 3 ص 316.

(2) محمد محده. التركات والموارث دراسة مدعّمة بالقرارات والأحكام القضائية. ص 103 و 108.

(3) العربي بلحاج. أحكام التركات والموارث على ضوء قانون الأسرة الجديد. دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط 2. 2012. ص 145 و 146.

2- مقدار الفروض.

بالنسبة لمقدار الفروض فهي لا تخرج عن إحدى القيم التالية وهي: الثمن، الربع، النصف، السدس، الثلث والثلثان، وهو ما أشار إليه المشرع الجزائري في المادة 142 من قانون الأسرة بنصّها على: "الفروض المحددة ستة وهي: النصف، والربع، والثمن، والثلثان، والثلث، والسدس".

الفرع الثاني: ميراث الأقارب عن طريق التعصيب.

يعتبر التعصيب سبيلا آخر للميراث، بعد أخذ أصحاب الفروض لأنصبتهم، ويمكن تفصيل التعصيب كما يلي:

أولاً: معنى التعصيب.

يكتسي الميراث بالتعصيب أهمية بالغة في علم الفرائض، ولهذا وجب التفصيل في معناه اللغوي والاصطلاحي كما يلي:

1- تعريف التعصيب في اللغة.

التعصيب في اللغة من عصب بمعنى اجتمع القوم حوله⁽¹⁾، وهو في الفرنسية (Fanatisme)⁽²⁾، والانجليزية (Relations on father's side)⁽³⁾، والعصب هو الليّ والطيّ والشّد، والعصابة ما يعصب به الرأس، ويوم عصب بمعنى يوم شديد⁽⁴⁾، والعصبة: واحد العصب والأعصاب، وهي أطناب المفاصل، تقول: عصب اللحم بالكسر، أي كثر عصبه، واعصوب اليوم، أي اشتد. ويوم عصب وعصبص، أي شديد⁽⁵⁾، والعصبة من الرجال نحو العشرة⁽⁶⁾.

من خلال هذه المفاهيم اللغوية العديدة للعصبة يتّضح أنّها تتّجه إلى الشّدّة واجتماع القوم حول الشّخص لنصرته.

2- تعريف التعصيب في الاصطلاح.

التعصيب كطريق من طرق الإرث في الاصطلاح يقصد به: "كلّ من يحوز التركة إذا انفرد بها، أو يحوز ما أبقاه أصحاب الفرائض، وإذا لم يبق عنهم شيء، فلا يرث شيئاً. فهم في المرتبة بعد أصحاب الفرائض"⁽⁷⁾. فأصحاب العصبات هم من يرثون من مورّثهم بعد أن ينال الفرضيّون نصيبهم، أي ليس لهم فرض في الميراث، فيرثون ما بقي من التركة بعد أصحاب الفرض.

(1) إبراهيم مصطفى وآخرون. المعجم الوسيط. ص 603.

(2) يوسف شلالة. المعجم العملي للمصطلحات القانونية والتجارية والمالية فرنسي عربي فرنسي. ص 57.

(3) محمد رواس قلعة جي؛ حامد صادق قنبي. معجم لغة الفقهاء. ص 137.

(4) الفيروز أبادي. القاموس المحيط. ص 1098.

(5) إسماعيل بن حماد الجوهري. الصحاح؛ تاج اللغة وصحاح العربية ج 2 ص 201 و 202.

(6) ابن فارس. مجمل اللغة. ج 1 ص 671.

(7) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 449.

إنّ عدم تحديد أنصبة أصحاب العصبات لمقدار معين، لا يعني أنّ العصبية تأتي في مرتبة تالية لأصحاب الفروض في الاستحقاق، بل المقصود من ذلك أنّ أول ما يخرج من التركة هو أنصبة أصحاب الفروض لأنّها معلومة، على أن يأخذ الباقي أصحاب العصبات⁽¹⁾.

بالرجوع إلى المشرّع الجزائري فقد أفرد تعريفا للعصبية من خلال المادة 150 من قانون الأسرة التي نصّت على: "العاصب هو من يستحقّ التركة كلّها عند انفراده، أو ما بقي منها بعد أخذ أصحاب الفروض حقوقهم، وإن استغرقت الفروض التركة فلا شيء له".

من خلال هذا النص القانوني يتّضح أنّ المشرّع أعطى فكرة عن التّعصيب في الإطار العام وبين أنواع العصبات.

ثانيا: دليل مشروعية الميراث بالتّعصيب.

إنّ الميراث بالتّعصيب ثابت من القرآن والسنة النبوية والقانون، ويمكن تفصيل ذلك كما يلي:

1- دليل مشروعية الميراث بالتّعصيب من القرآن الكريم.

ثبت الميراث بالتّعصيب من قوله تعالى: ﴿...وَلَأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِن لَّمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ فَإِن كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ ذَيْنَ آبَاؤُكُمْ وَأَبْنَاؤُكُمْ لَا تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَفْعًا فَرِيضَةٌ مِنَ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾⁽²⁾، فلقد تضمّنت الآية الكريمة نصيب الأبوين في حال وجود الأولاد للمورث وهو السدس، أمّا إذا لم يكن له أولاد فالمال لأبويه؛ فتأخذ الأم الثلث، ولم يبيّن النص القرآني صراحة نصيب الأب وهو الثلثان تعصيبا⁽³⁾.

كما أنّ الميراث بالتّعصيب ثابت من خلال قوله عزّ وجلّ: ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ إِنِ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتُ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ وَهُوَ يَرِثُهَا إِن لَّمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ...﴾⁽⁴⁾، فالأخ يرث جميع ما لها إذا إذا ماتت كلاله، وليس لها ولد، أي: ولا والد؛ لأنّه لو كان لها والد لم يرث الأخ شيئا، فإن فرض أن معه من له فرض، صرف إليه فرضه؛ كزوج، أو أخ من أم، وصرف الباقي إلى الأخ⁽⁵⁾.

2- دليل مشروعية الميراث بالتّعصيب من السنة النبوية.

ثبت تعصيب الإناث من خلال السنة النبوية الشريفة، فعن هزيل بن شرحبيل قال سئل أبو موسى عن ابنة وابنة ابن وأخت فقال: للابنة النصف، وللأخت النصف وآت ابن مسعود، فسئل ابن مسعود أخبر بقول أبي موسى الأشعري فقال: لقد ضللت إذا وما أنا من المبتهدين، وأقضي فيها بما قضى النبي ﷺ: للابنة النصف،

(1) محمد محده . التركات والمواريث دراسة مدعّمة بالقرارات والأحكام القضائية. ص 189.

(2) سورة النساء. الآية 11.

(3) محمد علي الصّابوني. المواريث في الشريعة الإسلامية في ضوء الكتاب والسنة. دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ص 66.

(4) سورة النساء. الآية 176.

(5) ابن كثير. تفسير القرآن العظيم. ج 2 ص 484.

ولابنة الابن السدس، تكملة للثلثين، وما بقي فلأخت، وزاد أحمد والبخاري فأتينا أبا موسى فأخبرناه بقول ابن مسعود، فقال: لا تسألوني مادام هذا الخبر فيكم⁽¹⁾.

وثبت الميراث بطريق التعصيب من خلال حادثة بنّي سعد بن الربيع⁽²⁾، من خلال إعطاء عمّهما ما بقي من المال تعصيبا بعد أن تأخذ البنّتان الثلثين، والزوجة الثّمن، كما ثبت أيضا من خلال قوله ﷺ: "ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلأولى رجل ذكر"⁽³⁾، أي بعد إلحاق الفرائض بأهلها، يدفع ما بقي لأقرب عصبه من الرجال.

3- دليل مشروعية التعصيب من القانون.

تضمّن المشرّع الجزائري الإشارة إلى الميراث بطريق التعصيب، وذلك من خلال المادة 150 من قانون الأسرة التي عرّفت الميراث بطريق التعصيب، بالإضافة على المادة 151 التي بيّنت أنواع العصبات، فضلا على التفصيل في كل نوع من خلال المواد من 152 إلى 157.

ثالثا: أنواع العصبه النسبية⁽⁴⁾.

يقصد بالعصبه النسبية: "أقارب الميّت من الذكور ومن ينزل منزلتهم من الإناث، الذين لا تتوسّط بينهم وبين الميّت أنثى، كالابن، وابن الابن، والأب، وأبي الأب، والأخ الشقيق وابنه، والأخ لأب، والعمّ وفروعه من الذكور، والبنت والابن وهكذا"⁽⁵⁾.

يمكن للعصبه النسبية أن تتنوّع بين عصبه بالنفس، عصبه بالغير، أو عصبه مع الغير، وقد تضمّنت المادة 151 من قانون الأسرة الجزائري هذه الأنواع بنصّها على: "العصبه ثلاثة أنواع: 1/ عاصب بنفسه، 2/ عاصب بغيره، 3/ عاصب مع غيره"، وهو تفصيل لا بدّ من التطرّق له.

1- العصبه بالنفس.

العاصب بنفسه هو القريب الذكر الذي لا يدخل في نسبته إلى الميّت أنثى، كالأب والابن أو أن تكون هناك واسطة غير أنثى كأب الأب، وابن الابن، والأخ الشقيق أو لأب، فيأخذ العاصب بنفسه ما بقي من التركة، بعد

(1) الشوكاني. نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار. كتاب الفرائض. باب الأخوات مع البنات عصبه. الحديث رقم 2547. ج 6 ص 58.

(2) سبق تخريجه .

(3) سبق تخريجه.

(4) يمكن تقسيم العصبه إلى قسمين: عصبه سببية، وعصبه نسبية: فالعصبه السببية هي عصبه المعقّق لمن أعتقه، ثم عصبته على ترتيب العصبه بالنفس الآتي. فهو أي مولى العتاقة يرث من أعتقه إن لم يكن له وارث صاحب فرض ولا عصبه نسبية، فهي قرابة حكمية، سببها العتق لإنعام السيد على العبد. (أنظر: وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 449)، ولم يتطرّق لها المشرّع الجزائري، كونها أصبحت من الماضي، في ظلّ انتهاء عهد الاسترقاق حاليا، ولذلك فلا فائدة ترجى من التفصيل فيها.

(5) محمد أبو زهرة . أحكام التركات والموارث. دار الفكر العربي. القاهرة، مصر، 1963. ص 157 .

أن يأخذ أصحاب الفروض نصيبهم إن وُجدوا ولم تستغرق سهامهم التركة، فإن لم يوجد أحد منهم أخذ العاصب بنفسه كل التركة، أما إذا استغرقت أنصبه الفرضيين التركة فلا ميراث له⁽¹⁾.

لقد أشار المشرع الجزائري إلى العاصب بنفسه من خلال المادة 152 من قانون الأسرة التي نصت على: "العاصب بنفسه هو كل ذكر ينتمي إلى الهالك، بواسطة ذكر"، فاكتفى المشرع بتبيين صفته دون الخوض في حالاته الميراثية.

أ- دليل مشروعية ميراث العصبه بالنفس.

يمكن التّـدليل على الميراث عصبه بالنفس من القرآن والسنة والقانون وفقا لما يلي:

- دليل مشروعية ميراث العصبه بالنفس من القرآن الكريم.

يمكن التّـدليل على ذلك من خلال قوله تعالى: ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ إِنَّ أَمْرًا هَـلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ...﴾⁽²⁾، فبيّنت الآية أن ميراث الإخوة لا يكون إلا كلاله، التي لا تكون إلا في حالة انعدام الأصل والفرع، ممّا يدلّ على تقديم جتي البنوة والأبوة على الأخوة⁽³⁾.

- دليل مشروعية ميراث العصبه بالنفس من السنة الشريفة.

جاء النص على ميراث العاصب بنفسه في سياق عام من خلال السنة النبوية لقوله ﷺ "ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فالأولى رجل ذكر"⁽⁴⁾، فالحديث يدلّ على ميراث أي قريب ذكر ميراثه بالتعصيب متى كان مُدليا بالفرع أو الأصل⁽⁵⁾.

- دليل مشروعية ميراث العصبه بالنفس من القانون.

نصّ المشرع الجزائري على مشروعية ميراث العاصب بنفسه، من خلال المادة 152 من قانون الأسرة التي نصت على: "العاصب بنفسه هو كل ذكر ينتمي إلى الهالك، بواسطة ذكر".

ب- جهات العصبات بالنفس.

للعصبه بالنفس أربع جهات، يقدّم بعضها عن بعض عند الاجتماع، بحسب التّـرتيب الذي أوردته المادة 153 من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على: "العصبه بالنفس أربع جهات يقدّم بعضها على بعض عند الاجتماع حسب التّـرتيب الآتي: 1/ جهة البنوة وتشمل الابن، وابن الابن مهما نزلت درجته، 2/ جهة الأبوة وتشمل الأب والجدّ الصّحيح مهما علا مع مراعاة أحوال الجدّ، 3/ جهة الأخوة وتشمل الإخوة الأشقاء أو لأب

(1) محمد العمراني. الميراث في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة. المؤسسة الوطنية للاتّصال، النّشر والإشهار، الجزائر، 2000، ص 68.

(2) سورة النساء. الآية 176.

(3) محمد محده . التراكبات والمواريث دراسة مدعّمة بالقرارات والأحكام القضائية. ص 198.

(4) سبق تخريجه.

(5) محمد محده . المرجع السابق. ص 198.

وأبناءهم مهما نزلوا، 4/ جهة العمومة وتشمل أعمام الميت، وأعمام أبيه، وأعمام جدّه مهما علا، وأبناءهم مهما نزلوا"، وقد أخذ المشرّع الجزائري في هذا الخصوص بترتيب العصابات برأي الحنفية⁽¹⁾، وقد خالف أبو حنيفة الأئمة الثلاثة⁽²⁾ الذين رتبوهم على أساس جهة البنوة، ثمّ جهة الأبوة وتشمل الأب فقط، ثمّ جهة الجدّ مع الإخوة وهي مقتصرة على الجدّ الصّحيح فقط، والإخوة الأشقاء أو لأب، ثمّ جهة بني الأخوة وتشمل الذّكور من بني الأخوة، ثمّ جهة الأعمام.

ج- طريقة ميراث العصبية بالنّفس.

أمّا عن طريقة توريثهم فيمكن ضبط ذلك من خلال نصّ المادة 154 من قانون الأسرة الجزائري كما يلي: "إذا كان الموجود من العصبية أكثر من واحد واتّحدوا في الجهة كان التّرجيح بينهم بالدرجة فيقَدّم أقربهم درجة إلى الميت، وإذا اتّحدوا في الجهة والدّرجة كان التّرجيح بقوة القرابة فمن كان ذا قرابتين قُدّم على من كان ذا قرابة واحدة، وإذا اتّحدوا في الجهة والدّرجة والقرابة ورثوا بالتّعصيب واشتركوا في المال بالسّوية".

- عند الانفراد: في هذه الصّورة يأخذ التّركة بجهة العصبية، وفقا لنصّ المادة 150 من قانون الأسرة، كمن ترك ابنا فإنّه يرث كلّ التّركة، وفي صورة انفراده كصاحب عصبية بالنّفس، ووجود أحد الفرضيين معه أخذ ما تبقى بعد أصحاب الفروض، وقد يسقط بأن لا يأخذ شيئا إذا استغرقت التّركة أصحاب الفروض⁽³⁾.

- عند الاجتماع: إذا اجتمع أصحاب العصابات، يكون ترتيبهم مُراعيا للتّرتيب الوارد في المادة 153 من قانون الأسرة، حيث لا يرث الآباء بالتّعصيب مع وجود الأبناء، ولا الإخوة مع الأبناء، ولا الأعمام مع وجود الإخوة.

- عند اتّحاد جهة القرابة: وكانت العصبية من نوع واحد كالبنوة والأبوة، رجّح بينهم بالدرجة وفقا للمادة 154 من قانون الأسرة الجزائري، فلا يرث الأدنى مع وجود الأقرب، أي لا يرث من أدلى إلى المورث بواسطة، بوجود تلك الوسطة، فلا يرث ابن الأخ مع الأخ، ولا يرث ابن العمّ مع العمّ.

- عند اتّحاد جهة القرابة ودرجتها: يكون التّرجيح بقوة القرابة، فمن كان ذا قرابتين رجّح عن ذي القرابة الواحدة، ومن كان قريبا لأبوين رجّح عن القريب لأب، ومثال ذلك الأخ الشّقيق يقدّم على الأخ لأب، عملا بأحكام المادة 154 من قانون الأسرة الجزائري.

- عند اتّحاد جهة القرابة والدّرجة والقوّة: في هذه الحالة يرثون بالسّوية، كمن ترك ثلاثة أبناء فإنّهم يقدّمون المال بالتّساوي⁽⁴⁾.

(1) السرخسي. المبسوط . ج 29 ص 174 و 175.

(2) القاضي أبو الوليد سليمان الباجي بن خلف. المنتقى. دار الكتاب الإسلامي، القاهرة مصر، ط2. 1332هـ. ص 243؛ ابن قدامة. المغني. ج 7 ص 64؛ الشيرازي. المذهب في فقه الإمام الشافعي . ج 2 ص 29.

(3) مسعود الهلالي . أحكام التركات والموارث في قانون الأسرة الجزائري . ص 97.

(4) العربي بلحاج. أحكام الموارث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وفق آخر التّعديلات، ومدعّم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا. ص 239 و 240.

من خلال التفصيل في ميراث المعصّب بنفسه فإنّه يخضع لاعتبار الجهة، ثمّ الدّرجة ثمّ قوّة القرابة، وفي هذا السياق دأبت المحكمة العليا على تبين أنّ الأولاد الذّكور يحجبون العمّ، وفقا للقرار الذي نصّ على: "حيث ردّ قضاة الموضوع بمجلس قضاء الجلفة على طلب الطّاعن المشار إليه أعلاه بأنّ هذا الأخير لا يرث في أخيه (د) لأنّ هذا الأخير له أولادا ذكورا وبالتالي فإنّ هؤلاء يحجبون الطّاعن من ميراث أخيه لأنّهم أصحاب فروض والتركّة تستغرقهم..."⁽¹⁾.

2- العصبية بالغير.

هي كل أنثى لها فرض مقدّر ووُجد معها ذكر من درجتها، فتعصّب به، ولا يكون هذا النوع إلّا إذا كان نصيب الأنثى النّصف عند الانفراد والثلثان عند التعدّد⁽²⁾، فإذا كان التعصّب بالنّفس لا يكون صاحبه إلّا ذكرا، لا تفصل بينه وبين المورث أنثى، فالتعصّب بالغير لا يكون إلّا لأنثى من صاحبات النّصف إجمعت مع وارث بالتعصّب بالنّفس يكون مساوٍ لها في الدّرجة والقوّة، فتنتقل من الميراث بالفرض وهو النّصف إلى الميراث بالتعصّب بالغير للذكر مثل حظّ الأنثيين.

أ- دليل مشروعية ميراث العصبية بالنّفس.

يمكن التّدليل على الميراث عصبية بالغير من القرآن، والسّنة، والقانون وفقا لما يلي:

- دليل مشروعية ميراث العصبية بالغير من القرآن الكريم.

ثبت ميراث العصبية بالغير لقوله عزّ وجلّ: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ...﴾⁽³⁾ أي "يعهد إليكم ربكم إذا مات الميت منكم وخلف أولادًا ذكورًا وإناثًا، فولده الذّكور والإناث ميراثه أجمع بينهم، للذكر منهم مثل حظّ الأنثيين، إذا لم يكن له وارث غيرهم"⁽⁴⁾.

- دليل مشروعية ميراث العصبية بالغير من السّنة النبوية.

يمكن الاستدلال من السّنة النبوية ما روي عن علي كرم الله وجهه قال رسول الله ﷺ: "أنّ أعيان بني الأم يتوارثون دون بني العلات"⁽⁵⁾.

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 2005/01/19- ملف رقم 325530 - (المجلة القضائية لسنة 2005. العدد الأول. ص 287).

(2) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 454.

(3) سورة النساء. الآية 11.

(4) الطبري. جامع البيان في تأويل القرآن. ج 7 ص 30.

(5) رواه الترمذي وابن ماجه. أنظر: (الجامع الصحيح سنن الترمذي. كتاب الفرائض. ميراث الإخوة من الأب والأم، الحديث رقم 2095. ج 4 ص 416؛ ابن ماجه. سنن ابن ماجه. كتاب الفرائض. باب الدين قبل الوصية. الحديث رقم 2715. ج 4 ص 19).

يُقال للإخوة الأشقاء والأخوات الشقيقات: بنو الأعيان؛ لأنهم أكمل أنواع الجنس، وللإخوة لأب والأخوات لأب: بنو العلات؛ لأنهم من نسوة علات أي ضرائر، ويُقال لأولاد الأم: بنو الأخياف؛ لأنهم من أصول مختلفة⁽¹⁾.

- دليل مشروعية ميراث العصبية بالغير من القانون.

شرّع المشرّع الجزائري للميراث بالتعصيب بالغير من خلال المادة 155 من قانون الأسرة التي نصّت على: "العاصب بغيره هو كلّ أنثى عصّها ذكر وهي: 1/ البنت مع أخيها، 2/ بنت الابن مع أخيها، أو ابن عمّهما المساوي لها في الدّرجة أو ابن عمّهما الأسفل درجة بشرط أن لا ترث بالفرض، 3/ الأخت الشقيقة مع أخيها الشقيق، 4/ الأخت لأب مع أخيها لأب. وفي كلّ هذه الأحوال، يكون للذكر مثل حظّ الأنثيين".

ب- نطاق الميراث بالتعصيب بالغير.

يكون التعصيب بالغير في جهة البنوة و جهة الأخوة وفقاً للتفصيل التالي:

- جهة البنوة: تشمل الابن وابن الابن، مع البنت وبنت الابن، كل مع من يساويه في الدّرجة للذكر مثل حظّ الأنثيين، فابن الابن يعصّب مع من تحاذيه من أخواته وبنيات عمّه، ومثال ذلك من مات عن بنتين وبنت ابن وابن ابن، فلبنتين الثلثان فرضاً للتعديد وانعدام المعصّب، والباقي لبنات الابن وابن الابن تعصّبا.

- جهة الأخوة: تكون مقتصرة على من أدلت عن طريق ذكر من الأخوات الشقيقات أو لأب، دون امتداد لفرعهم، ولا إلى غيرهما من الأخوات (لأم)، فلا يمتدّ التعصيب بالغير بنت الأخ، ولا بنت الأخت باعتبارهما من ذوي الأرحام، ولا يشمل الأخت لأم لأنّها لا تدلي بالأب، وليست صاحبة نصف⁽²⁾.

ب- المشمولات بالتعصيب بالغير.

يمكن حصر الورثة بطريق التعصيب بالغير في أربعة إناث هنّ:

- البنت الواحدة فأكثر مع الابن من درجتها، أمّا مع ابن الابن فتكون ذات فرض.

- بنت الابن الواحدة فأكثر مع ابن الابن من درجتها، سواء أكان أخاها أو ابن عمّها، ويمتدّ الأمر ليشمل ابن ابن الابن الأنزل منها، فقد تتعصّب به بصرف النظر عن الدّرجة، في حالة سقوطها بوجود البنّتين وأكثر واستحقاقهما للثلثين، فينقلها من الميراث بالفرض إلى التعصيب حتى لا تحرم من الميراث بسبب استنفاد الثلثين.

- الأخت الشقيقة مع شقيقها.

- الأخت لأب مع الأخ لأب، سواء أكان شقيقاً لها أم لا⁽³⁾.

وتطرّق المشرّع الجزائري إلى التعصيب بالغير من خلال المادة 155 من قانون الأسرة التي نصّت على: "العاصب بغيره هو كلّ أنثى عصّها ذكر وهي: 1/ البنت مع أخيها، 2/ بنت الابن مع أخيها، أو ابن عمّهما المساوي

(1) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 420.

(2) محمد محده. التركات والمواريث دراسة مدعّمة بالقرارات والأحكام القضائية. ص 199 و 200.

(3) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 454.

لها في الدّرجة أو ابن عمّها الأسفل درجة بشرط أن لا ترث بالفرض، 3/ الأخت الشّقيقة مع أخيها الشّقيق، 4/ الأخت لأب مع أخيها لأب. وفي كلّ هذه الأحوال، يكون للذكر مثل حظّ الأنثيين".

ج- طريقة ميراث العصبية بالغير.

تتمّ قسمة المال بين العاصب ومن تعصّب به، وفقا لقاعدة "للذكر مثل حظّ الأنثيين"، إن لم يكن هناك أصحاب فروض، الذين وفي حالة وجودهم، فإنّهم يأخذون نصيب فرضهم، وما تبقى يؤول للعصبية بالغير ومن عصّين⁽¹⁾، ومثال ذلك من مات وترك: زوجة، وأخا شقيقا وأختا شقيقة، فتأخذ الزّوجة الرّبع لانعدام الفرع الوارث، والباقي يقسم بين الأشقاء للذكر مثل حظّ الأنثيين.

د- شروط العصبية بالغير.

لا تتحقّق العصبية بالغير إلّا بتحقّق شروط يمكن إيجازها فيما يلي:

- أن تكون الأنثى صاحبة فرض، فإذا لم تكن كذلك ليست عصبية بالغير.

- أن يكون المعصّب في درجتها فمثلا الأخ لا يعصّب البنت.

- أن يكون المعصّب في قوة الأنثى صاحبة الفرض، فلا تتعصّب الأخت الشّقيقة بالأخ لأب، وابن الابن لا يعصّب البنت، ولكن يمكن استثناء من هذه الحالة تعصّب ابن ابن الابن مع بنت الابن، وهو ما يُعرف بالابن المبارك، ونفس الحال ينطبق على الأخ المبارك، بسبب استنفاذ الثلثين وسقوطهما.

د- أن يكون المعصّب للأنثى من الصّنف الأول "العاصب بنفسه"، أمّا إذا كان صاحب فرض فلا يعصّب، وينطبق ذلك على الأخ لأُمّ الذي لا يعصّب الأخت لأُمّ، الذي وإن كان من جهتها وفي قوّتها وفي درجتها، إلّا أنّه ليس عاصبا بنفسه بل هو صاحب فرض⁽²⁾.

3- العصبية مع الغير.

يُقصد بالعصبية مع الغير كلّ أنثى لها فرض مقدّر شرعا في الأصل، وتحتاج في كونها عصبية إلى أنثى أخرى لم تشاركها في تلك العصبية⁽³⁾.

أ- دليل مشروعية ميراث العصبية مع الغير.

يمكن إقامة الدّليل على ميراث العصبية مع الغير من السّنة، والقانون وفقا لما يلي:

(1) مسعود الهلالي . أحكام التركات والميراث في قانون الأسرة الجزائري . ص 101.

(2) العربي بلحاج. أحكام الميراث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات، ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا. ص 244 و 245).

(3) مريم أحمد الداغستاني . الميراث في الشريعة الإسلامية على المذاهب الأربعة. ص 58.

- دليل مشروعية ميراث العصبية مع الغير من السنّة النبوية.

إنّ دليل الميراث بطريق العصبية مع الغير ثابت بما قضى النبي ﷺ: للبننت النّصف، ولابنة الابن السّدس، تكملة للثلثين، وما بقي فللأخت⁽¹⁾.

- دليل مشروعية ميراث العصبية مع الغير من القانون.

شرّع المشرّع الجزائري لميراث العاصب مع غيره، من خلال المادة 156 التي نصّت على: "العاصب مع غيره: الأخت الشّقيقة، ولأب تعدّدت عند وجود واحدة فأكثر من بنات الصّلب، أو بنات الابن بشرط عدم وجود الأخ المساوي لها في الدّرجة، أو الجدّ".

ب- المشمولات بالتّعصيب مع الغير.

ينطوي الميراث عن طريق التّعصيب مع الغير على حالتان فقط هما:

- الأخت الشّقيقة واحدة فأكثر، مع بنت أو بنات، أو بنت ابن أو بنات ابن.

- الأخت لأب واحدة فأكثر، كذلك مع بنت أو بنات، أو بنت ابن أو بنات ابن، فالباقي عن البنت أو البنات أو بنت الابن أو بنات الابن، للأخت أو للأخوات بالتّعصيب معهن، وتصبح الأخت الشّقيقة التي تصبح عصبية مع البنت أو بنت الابن، كأخ شقيق، فتحجب الإخوة لأب مطلقاً، وتصبح الأخت لأب التي تصبح عصبية مع الغير، أي مع البنت أو بنت الابن كأخ لأب، فتحجب ابن الأخ الشّقيق، فمن بعده، أمّا إن كان مع الأخت أخوها، فتصير عصبية بالغير، لا مع الغير، ويكون الباقي بينها وبينه للذكر مثل حظّ الأنثيين⁽²⁾.

ج- طريقة الميراث تعصيباً مع الغير.

إنّ الميراث بالتّعصيب مع الغير يقتضي وجود الأخوات الشّقيقات أو لأب مع البنات أو بنات الإبن أو كليهما، فالأخت الشّقيقة أو لأب مع البنت أو بنت الابن تكون عصبية، ومعنى ذلك أنّ لمن كانت من جهة الفروع ترث فرضها المقدّر لها شرعاً، والباقي بعد ذلك إن لم يوجد معهنّ أو معها صاحب فرض آل إلى الأخت الشّقيقة أو لأب بالتّعصيب.

على هذا الأساس فإنّ من يرث بالتّعصيب مع الغير لا يزيد نصيبه عن النّصف، مهما كان نوعه أو كثر عدده، حيث إنّ التّعصيب مع الغير لا يكون إلّا إذا وجدت واحدة على الأقل من الفروع وهي البنت أو بنت الابن، ونصيب أيّ منهما لا ينقص عن النّصف، فكان الباقي حتماً لا يزيد عن النّصف، ومثال ذلك من مات عن بنت وأخت شقيقة، فللبنت النّصف فرضاً لانعدام المعصّب والانفراد، وللأخت الشّقيقة الباقي تعصيباً وهو النّصف.

(1) سبق تخريجه.

(2) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 454.

ويكون لها بموجب هذا الوضع الصلاحية التي تجعلها في قوة الأخ الشقيق، فتحجب من يحجبهم من الإخوة والأخوات، فتحجب الأخ لأب، والأخت لأب، وابن الأخ الشقيق ولأب⁽¹⁾، ومثال ذلك من مات وترك: زوجة وبنين وأختا شقيقة وابن أخ شقيق وأخت لأب، فللزوجة الثمن لوجود الفرع الوارث، وللبنين الثلثين لانعدام المعصّب والتعدد، والباقي للأخت الشقيقة عصبة مع الغير، وتحجب بذلك باقي الورثة بسبب تعصّبها مع الفرع الوارث المؤنث.

فترث الأخت الشقيقة أو لأب بالتعصيب من التركة بعد أصحاب الفروض، وإذا استغرقت التركة فلا ترث، ومثال ذلك من مات عن: بنت وأم وأخت شقيقة، فللبنت النصف لانعدام المعصّب والانفراد، وللأم السدس لوجود الفرع الوارث، وللأخت الشقيقة الباقي تعصيباً⁽²⁾.

وقد أشار المشرع الجزائري إلى حالة ميراث العاصب مع غيره، من خلال المادة 156 التي نصّت على: "العاصب مع غيره: الأخت الشقيقة، ولأب تعددت عند وجود واحدة فأكثر من بنات الصّلب، أو بنات الابن بشرط عدم وجود الأخ المساوي لها في الدرجة، أو الجدّ".

الفرع الثالث: الميراث بطريق الرّحم.

يمكن للأقارب أن يرثوا بطريق آخر بالإضافة إلى الفرض والتعصيب، ويتجلى ذلك في فئة من الورثة يرثون مورثهم، عبر رابطة تعدّ أقلّ قوّة بسابقتها ممثلة في رابطة الرّحم، ويمكن تبين ذلك وفقاً لما يلي:

أولاً: مفهوم ذوي الأرحام.

يعتبر ذوو الأرحام من الورثة الذين يستحقّون نصيباً محدّداً، شأنهم في ذلك شأن باقي الورثة، فكان لزاماً تحديد المقصود بهم، لأنهم طائفة ترث وفق شروط معيّنة، وعلى هذا الأساس سيتمّ تبين التعريف الخاص بهم من الناحية اللّغوية والاصطلاحية.

1- تعريف ذوي الأرحام في اللّغة.

الأرحام هي جمع رحم، والرحم في اللّغة تعني بيت منبت الولد ووعاؤه، بالفرنسية (Utérus, Matrice)⁽³⁾ والانجليزية (Maternal relatives)⁽⁴⁾، وتعني القرابة، وأصلها وأسبابها⁽⁵⁾، والرحمة الرّقّة والتّعطف والمزحمة مثله وقد رجمته وترجمت عليه وتراخم القوم رجم بعضهم بعضاً والرحمة المغفرة⁽⁶⁾.

(1) محمد محده . التركات والموارث دراسة مدعّمة بالقرارات والأحكام القضائية. ص 201 و 202.

(2) مسعود الهلالي . أحكام التركات والموارث في قانون الأسرة الجزائري . ص 97.

(3) يوسف شلالة. المعجم العملي للمصطلحات القانونية والتجارية والمالية فرنسي عربي عربي فرنسي. ص 103.

(4) محمد رواس قلعة جي؛ حامد صادق قنبي. معجم لغة الفقهاء. ص 55.

(5) الفيروز أبادي. القاموس المحيط . ص 628.

(6) ابن منظور. لسان العرب. ج 12 ص 227.

فالرَّحِم من النَّاحِيَةِ اللَّغَوِيَّةِ يعني موطن الولد عموماً وبخاصة القرابة، كما يعني التَّقارب والتَّواصل بين النَّاس، وذو الرَّحِم يقصد به القريب بصفة مطلقة⁽¹⁾، فذو الرَّحِم من النَّاحِيَةِ اللَّغَوِيَّةِ هو القريب بدون تحديد لجهة قرابته لأنَّ الرَّحِم أصل نشأة كافة الأقارب.

2- تعريف ذوي الأرحام في الاصطلاح.

يقصد بذوي الأرحام من النَّاحِيَةِ الاصطلاحية: "الأقارب الذين ليسوا أصحاب فروض ولا عصبه ويكونون الأقارب الإناث أو الذكور الذين تتوسَّط بينهم وبين الميِّت أنثى غالباً"⁽²⁾.

واضحٌ مدى دقَّة هذا التعريف المفصَّل لذوي الأرحام الذين ليسوا بفرضيين ولا عصبات، فضلاً على أنَّ التعريف قد فصَّل في أصنافهم بحسب الجنس، حيث شمل الأقارب من الإناث وكذا الذكور الذين تكون بينهم وبين المورث أنثى.

بالرجوع إلى المشرع الجزائري، فلم يخصَّ ذوي الأرحام بتعريف واضح، إلَّا أنَّه أشار إلى اعتبارهم وارثين في العديد من المواد من قانون الأسرة، لا سيما المادة 168 التي نصَّت على: "يرث ذوو الأرحام عند الاستحقاق على التَّرتيب الآتي: - أولاد البنات وإن نزلوا، وأولاد بنات الابن وإن نزلوا. - فأولاهم بالميراث أقربهم إلى الميِّت درجة، فإن استووا في الدَّرجة فولد صاحب الفرض أولى من ذوي الرَّحِم، وإن استووا في الدَّرجة ولم يكن فيهم ولد صاحب فرض أو كانوا كلهم يدلون بصاحب فرض، اشتركوا في الإرث".

ثانياً: ضبط قائمة ذوي الأرحام.

بالرَّغم من أنَّ ذوي الأرحام فئة وارثة، إلَّا أنَّه جرى اختلاف فقهي في ضبط عددهم من مذهب لآخر، وتأثر المشرع الجزائري بذلك وفقاً لنصِّ المادة 168 من قانون الأسرة، فرأى المالكية في تعيينهم أنَّهم خمسة عشر وهم: الجدُّ أبو الأم، والجدَّة أم أبي الأب، وولد الإخوة والأخوات للأم، والخال وأولاده والخالة وأولادها، والعمُّ لأم وأولاده، والعمَّة وأولادها، وولد البنات وولد الأخوات من جميع الجهات كلَّها، وبنات العمومة⁽³⁾، ورأى الشافعية أنَّ ذوي الأرحام عشرة وهم: ولد البنات وولد الأخوات وبنات الإخوة وبنات الأعمام وولد الإخوة من الأم والعمِّ من الأم والعمَّة والخال والخالة والجدُّ أبو الأم ومن يدلي بهم⁽⁴⁾، أمَّا الحنابلة فقالوا أنَّ ذوي الأرحام أحد عشر حيّاً وهم: ولد البنات وولد الأخوات وبنات الإخوة وولد الإخوة من الأم والعمَّات من جميع الجهات والعمِّ من الأم والأخوال والخالات وبنات الأعمام والجدُّ أبو الأم وكلَّ جدَّة أدلت بِأب بين أُمِّين أو بِأب أعلى من الجدِّ ومن أدلى بهم⁽⁵⁾، وأمَّا الحنفية فقسَّموا ذوي الأرحام إلى سبعة أصناف هي: الصَّنَف الأول: أولاد البنات، الصَّنَف الثاني: بنات الإخوة وأولاد الأخوات، الصَّنَف الثالث: الأجداد الفواسد والجدَّات

(1) الجرجاني. التعريفات. ص 112.

(2) محمد أبو زهرة. أحكام التَّركات والموارث. ص 179.

(3) التردير. الشرح الصغير. ج 4 ص 630.

(4) الشيرازي. المهذب في فقه الإمام الشافعي. ج 2 ص 24.

(5) ابن قدامة. المغني. ج 7 ص 83.

الفاستدات، والصَّنَف الرَّابِع العمّ لأم والعمة لأب، وأم أولأب أو لأم والخال والخالات، والصَّنَف الخامس: أولاد هؤلاء، والصَّنَف السَّادس: أعمام الأب لأم وعمّات الأب وأخوال الأب وخالات الأب، والصَّنَف السَّابع أولاد هؤلاء⁽¹⁾.

أمّا المشرّع الجزائري فقد حصرهم فقط في أولاد البنات وإن نزلوا، وأولاد بنات الابن وإن نزلوا وذلك من خلال المادة 168 في فقرتها الأولى والتي نصّت على: "يرث ذوو الأرحام عند الإستحقاق على الترتيب الآتي: أولاد البنات وإن نزلوا، وأولاد بنات الإبن وإن نزلوا".

فمن خلال هذا الحصر يتّضح أنّ المشرّع قد انتقص كثيرا من ذوي الأرحام، مقارنة مع مختلف المذاهب الفقهيّة، بدليل أنّه ركّز على فروع الفرع المؤنث وإن نزلوا، دون الالتفات إلى بقيّة المشمولين فقهيّا كذوي أرحام، كالعمّ لأم والعمة والخال والخالة.

ثالثا: رأي المشرّع الجزائري في قضيّة توريث ذوي الأرحام.

إنّ مسألة توريث ذوي الأرحام أو عدمها كانت نقطة اختلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية، بين مورّث لهم ومانع، ولذلك كان حريّا تبين ذلك ومدى أثر ذلك على الرّأي الذي أخذ به المشرّع الجزائري وفقا لما يلي:

1- الرّأي المانع لميراث ذوي الأرحام.

أخذ بهذا الرّأي المتقدّمون من فقهاء المالكية والشافعية، ورأيهم مأخوذ عن زيد بن ثابت وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير، وأخذ به الأوزاعي وأبو ثور وداود وابن جرير الطبري⁽²⁾، ورأوا أنّ بيت مال المسلمين أولى منهم متى كان مُنتظما، فمنع توريثهم رأي في المالكية⁽³⁾، وأجاز رأي آخر توريثهم، حيث منعهم زيد وعمر ومالك، وقال علي وابن مسعود بتوريثهم، إذا لم يكن ذو سهم من ذوي الأنساب ولا عصبه، وإذا ورثوا فيرث الأقرب فالأقرب كالعصبات أو يرث كل واحد نصيب من يدلي به قاله علي وابن مسعود⁽⁴⁾.

وذهب الشافعية في رأي إلى حرمانهم من الميراث، إذا لم يكن أصحاب فروض وعصبات، لا سيما إذا كان إمام عادل يشرف على بيت المال، والذي اشتراطوا فيه الانتظام⁽⁵⁾، وقد أسّس الرّأي الذي منع ذوي الأرحام من الميراث على أنّ الفرائض توقيفيّة ولا مجال للرّأي فيها، فالنصوص القرآنية صريحة في تحديد أنصبه

(1) السرخسي. المبسوط. ج 30 ص 6.

(2) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 494.

(3) الرعيني. مواهب الجليل لشرح مختصر خليل. ج 8 ص 592.

(4) القرافي. النخبة. ج 13 ص 53.

(5) الشيرازي. المذهب في فقه الإمام الشافعي. ج 2 ص 31.

الورثة أيّا كان صنفهم، ولم يرد نصّ على توريث ذوي الأرحام، فلو كان لهم نصيب ماتركه الله تعالى⁽¹⁾ لقوله عزّ وجلّ: ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا﴾⁽²⁾، فالميراث يكون بنصّ شرعي قاطع⁽³⁾.

كما أنّ الأنثى من ليست من أصحاب الفروض أو العصبات، لا ترث مع من هو في درجتها، وقوّة قرابتها، مع كونه وارثا، ومستحقّا في التّركة، كالعمّة مع العمّ، وبنت الأخ الشّقيق مع الأخ الشّقيق، فإذا كان الحال كذلك في وجوده، فالأولى أن لا ترث في عدمه⁽⁴⁾، واستدلوا أنّ رسول الله ﷺ سئل عن ميراث العمّة والخالة فسكت فنزل عليه جبريل عليه السلام فقال: "حدّثني جبرائيل أن لا ميراث لهما"⁽⁵⁾.

والملاحظ أنّ ما تمسّك به هؤلاء النّافون من الحديث هو مرسل، لا يُحتج به، ولو صحّ وصله، يكون التّوفيق بينه وبين ما رواه المثبتون أنّ نفي الميراث عن العمّة والخالة، كان قبل نزول آية الأنفال: ﴿...وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾⁽⁶⁾، أي أنّ العمّة والخالة ليس لهما فرض مُقدّر، أو لا يرثان مع عصبّة ولا مع ذي فرض يرد عليه، فإن الرّدّ على ذوي الفروض مُقدّم على توريث ذوي الأرحام، ولكّهم يرثون مع من لا يردّ عليه وهما الزّوجان⁽⁷⁾.

غير أنّ هذا الاتجاه في رواية أخرى ورّث ذوي الأرحام، عملا بالآية الكريمة: ﴿...وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾⁽⁸⁾، حيث عني بذلك أن بعضهم أولى بميراث بعض⁽⁹⁾، فإن لم يكن إمامٌ عادل، فيردّ الفرض على أهل الفرض على قدر فروضهم، إلّا على الزّوجين فإن لم يكن أهل الفرض قسم على ذوي الأرحام⁽¹⁰⁾، ورأى الشّافعية أنّ الزّوج يرث أكثر من ذوي الأرحام، وهم أولى منه لارتباطهم برحم الميت⁽¹¹⁾، فضلا على أنّ المالكية عادوا وورّثوهم، إذا ثبت عدم وجود الإمام العادل، ولذلك ذهب شيوخ المذهب بعد المائتين على توريث ذوي الأرحام والرّدّ على ذوي السّهام لعدم انتظام بيت المال⁽¹²⁾.

(1) محمد علي فركوس. ذوو الأرحام في أحكام الموارث. دار تحصيل العلوم (مطبعة النّخلة)، بوزريعة، الجزائر، 1987. ص 37.

(2) سورة مريم . الآية 64.

(3) مريم أحمد الداغستاني . الموارث في الشّريعة الإسلامية على المذاهب الأربعة . ص 80 .

(4) محمد الشحات الجندي. الميراث في الشّريعة الإسلامية . ص 68.

(5) البيهقي. سنن البيهقي الكبرى. كتاب الفرائض. باب من لا يرث من ذوي الأرحام. الحديث رقم 11984. ج 6 ص 212.

(6) سورة الأنفال . الآية 75.

(7) وهبة الزحيلي . الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 494.

(8) سورة الأنفال . الآية 75.

(9) الطبري . جامع البيان في تأويل القرآن . ج 14 ص 78 .

(10) الشيرازي. المهذب في فقه الإمام الشافعي. ج 2 ص 31 .

(11) محمد بن إدريس الشافعي. الرّسالة. دار الكتب العلمية، تحقيق: أحمد محمد شاكر. ص 589.

(12) الدسوقي. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. ج 4 ص 468.

2- الرأي المُجيز لميراث لذوي الأرحام.

يرى هذا الاتجاه توريث ذوي الأرحام، وهو ممثّل في الحنفية والحنابلة، ورأيهم منقول عن جمع من الصّحابة الكرام، كعلي بن أبي طالب وعمر بن الخطاب وابن مسعود وأبي عبيدة بن الجراح ومعاذ بن جبل وأبي الدرداء وابن عباس⁽¹⁾، وبه قال شريح وعمر بن عبد العزيز وعطاء وطاووس وعلقمة ومسروق وأهل الكوفة، ويكون ميراثهم إذا انعدم أصحاب الفروض وكذا العصباء، فهم كغيرهم من الورثة أحقّ بمال مورّثهم، واستدلوا بقول الله تعالى: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾، أي أحقّ بالتّوارث في حكم الله تعالى، وهؤلاء من ذوي الأرحام، وقد ترجّحوا بالقرب إلى الميّت، فيكونون أولى من بيت المال، لأنّه لسائر المسلمين، وذو الرّحم أحقّ من الأجانب عملاً بالنّص⁽²⁾، ولقوله تعالى: ﴿...وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُهَاجِرِينَ...﴾⁽³⁾، فقد أمر الله عزّ وجلّ الذين تبّنوا غير أبنائهم في الجاهلية وورثوا في الإسلام أن يجعلوا لهم نصيباً في الوصيّة، وردّ الميراث إلى ذوي الرّحم والعصبة⁽⁴⁾.

واستدلوا من الحديث عن أبي أمّامة بن سَهْل بن حُنَيْفٍ، أَنَّ رَجُلًا رَمَى رَجُلًا بِسَهْمٍ فَقَتَلَهُ، وَلَيْسَ لَهُ وَارِثٌ إِلَّا خَالٌ، فَكَتَبَ فِي ذَلِكَ أَبُو عُبَيْدَةَ بْنُ الْجَرَّاحِ إِلَى عُمَرَ، فَكَتَبَ إِلَيْهِ عُمَرُ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: اللَّهُ وَرَسُولُهُ مَوْلَى مَنْ لَا مَوْلَى لَهُ، وَالْخَالُ وَارِثٌ مَنْ لَا وَارِثَ لَهُ⁽⁵⁾، وكذلك بقضاء عمر بن الخطاب في ميراث العمّة والخالة؛ فعن الشّعبي قال أتى زياد في رجل توفي وترك عمته وخالته فقال: هل تدرون كيف قضى عمر رضي الله عنه فيها قالوا: لا، فقال: والله إنّي لأعلم الناس بقضاء عمر فيها، جعل العمّة بمنزلة الأخ والخالة بمنزلة الأخت فأعطى العمّة الثلثين والخالة الثلث⁽⁶⁾.

فأجاز الحنابلة والحنفية الدّفع لذوي الأرحام بحسب قول الثّوري، لأنّ قرابتهم ضعيفة لا يرث بها مع عصبّة ولا ذي فرض غير أحد الزوجين، فلا مُنافاة بين الاستحقاق بالوصف العام والاستحقاق بالوصف الخاص، ففي حقّ من ينعدم فيه الوصف الخاص يثبت الاستحقاق بالوصف العام فلا يكون ذلك زيادة على كتاب الله⁽⁷⁾.

(1) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 492.

(2) ابن قدامة. المغني. ج 7 ص 83.

(3) سورة الأحزاب . الآية 6.

(4) القرطبي. الجامع لأحكام القرآن. ج 5 ص 166.

(5) رواه أبو داود وابن ماجه (أنظر: أبو داود. سنن أبي داود. كتاب الفرائض. باب في ميراث ذوي الأرحام. الحديث رقم 2899. ج 2 ص 137؛ ابن ماجه. سنن ابن ماجه. كتاب الفرائض. باب ذوي الأرحام. الحديث رقم 2737. ج 4 ص 39).

(6) البيهقي. سنن البيهقي الكبرى. كتاب الفرائض. باب من قال بتوريث ذوي الأرحام. الحديث رقم 12000. ج 6 ص 216.

(7) ابن قدامة المقدسي. الشرح الكبير على متن المقنع. ج 7 ص 107؛ السرخسي. المبسوط. ج 30 ص 2.

بالمقارنة مع اختلاف الفريقين، فالملاحظ أنّ الحنابلة والأحناف هم أبلغ دليلاً، نتيجة مراعاة منهجهم للواقع، فالدفع بالمال المتبقي إلى بيت المال، في ظل وجود ذوي الأرحام منوط بانتظامه، واشتراط كون القائم عليه عدلاً وهذا صعب التحقيق، ما جعل فريق المالكيين والشافعيين يورثون ذوي الأرحام بداية من القرن الثالث هجري .

بالرجوع إلى المشرع الجزائري، فقد نصّ على توريث ذوي الأرحام، بجعلهم صنفا وارثا بمعدل المادة 139 التي تنص على مايلي: ينقسم الورثة إلى: 1/ أصحاب فروض، 2 /عصبة، 3/ ذوي الارحام"، فلم يأخذ بمنهج قدماء المالكية والشافعية في عدم توريثهم، بل أخذ بالرأي الفقهي القائل بتوريثهم (الحنفية والحنابلة). كما ونصّ عليهم في أولويات تقسيم الميراث، بجعلهم طرفا في الأخذ من التركة، من خلال الحديث عن مشتملات التركة⁽¹⁾، من خلال المادة 180 لاسيما الفقرة الثانية: " فإذا لم يوجد ذوو فروض أو عصبة آلت التركة إلى ذوي الأرحام فإن لم يوجدوا، آلت إلى الخزينة العامة"، وخصّص لهم نصيبا في التركة من خلال المادة 167 أيضا، بأن نصّ على الردّ لباقي التركة إلى أحد الزوجين، إن لم يوجد عصبة من النسب أو أحد أصحاب الفروض أو أحد ذوي الأرحام، وهو مايعني توريثهم وذلك في الفقرة الثانية 167: "وإذا بقي التركة إلى أحد الزوجين إذا لم يوجد عصبة من النسب أو أحد أصحاب الفروض النسبية، أو أحد ذوي الأرحام".

رابعا: كيفية توريث ذوي الأرحام.

بالرغم من اتفاق الاتجاه الفقهي القاضي بتوريث ذوي الأرحام من حيث المبدأ، إلا أنّ ذلك لم يمنع من الاختلاف في كيفية توريثهم؛ فانقسم هؤلاء في كيفية توريثهم إلى ثلاثة طرق هي: طريقة أهل الرّحم، طريقة أهل التّزويل، وطريقة أهل القرابة، ومن ثمّ وجب التعرّيج على كيفية عمل كلّ طريقة واستنباط معنى المشرع الجزائري في حلّ مسائل ميراث ذوي الأرحام وفقا لما يلي:

1- طريقة أهل الرّحم.

تُنسب هذه الطّريقة إلى حسن بن ميسرونوح بن ذراح سمّوا بذلك؛ لأنّهم سوّوا بين الأقرب والأبعد في الاستحقاق وثبّتوا الاستحقاق بأصل الرّحم⁽²⁾، وتقوم على فكرة تقسيم ما يستحقّه الورثة من ذوي الأرحام على عددهم، دون تفريق بين قريب وبعيد ولا بين ذكر وأنثى، فكل ذو رحم يرث إذا ما انعدم أصحاب الفروض أو العصبات، فتكون القسمة عليهم بالتساوي من دون إعمال لقاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين. ثمّ إنّ العمل بهذه الطّريقة قد هُجر واندثر بموت أصحابها، التي وبالرغم من سهولتها إلا أنّها بعيدة عن روح التّشريع، ومُخالفة لنظام التّوريث في أصحاب الفروض والعصبات باعتبارهم أصول ذوي الأرحام⁽³⁾.

(1) العربي بلحاج. أحكام الموارث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات، ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا. ص 358.

(2) السرخسي. المبسوط. ج 30 ص 2.

(3) محمد علي فركوس. ذوو الأرحام في أحكام الموارث. ص 108.

مثلا من مات عن: بنت بنت وبنت أخت وخالة وابن أخ لأم فهم كلهم أسوياء في تقاسم التركة ولا اعتبار هنا لدرجة القرابة.

2- طريقة أهل التّزويل.

يتمّ توريث ذوي الأرحام وفق مذهب أهل التّزويل⁽¹⁾، بتنزيلهم منزلة من يمتّ به من الورثة، ممّن كانوا أصحاب فروض أو عصبات، فيُفرز لهم نصيبهم من التركة، كما لو كانوا هم الورثة الأحياء، ثم يعطى نصيب كل واحد منهم إلى فروعه من ذوي الأرحام، للذكر مثل حظّ الأنثيين.

فيُجعل ولد البنت كالبنات، وولد الأخ كالأخ، وولد العم كالعم، واستثنوا من هذه القاعدة: الأخوال والخالات، فإنهم يُنزلون منزلة الأم، وكذلك الأعمام لأم والعمّات، يُنزلون منزلة الأب، فمن مات عن خالة وعمّة، كان للخالة الثلث بمنزلة الأم، وللعمّة الثلثان بمنزلة الأب الذي يأخذ الباقي⁽²⁾.

فيُنزل كل واحد منهم منزلة من يمتّ به من الورثة، فيُجعل له نصيبه فإن بعدوا نزلوا درجة درجة، إلى أن يصلوا إلى من يمتّون به فيأخذون ميراثه، فإن كان واحد أخذ المال كله، وإن كانوا جماعة قسم المال بين من يمتّون به، فما حصل لكل وارث جعل لمن يمت به، فإن بقي من سهام المسألة شيء ردّ عليهم، على قدر سهامهم وهذا قول علقمة ومسروق والشّعبي والنخعي وحمام ونعيم وشريك وابن أبي ليلى والثوري وسائر من ورّثهم غير أهل القرابة⁽³⁾.

فراى متأخروا المالكية والشافعية الذين عادوا وورّثوا ذوي الأرحام، أنّ حاصل التّزويل هو تنزيل ذوي الأرحام أو إقامتهم منزلة أو مقام من يدلون به إلى الميّت درجة درجة، فيجعل ولد البنات والأخوات بمنزلة أمهاتهم وبنات الإخوة والأعمام بمنزلة آبائهم وأبو الأم والخال بمنزلة الأم والعمّة والعم من الأم بمنزلة الأب لأنّ الأمة أجمعت على الإرث بإحدى الجهتين فإذا عدمت إحداها تعيّنت الأخرى⁽⁴⁾.

ويُراعى في هذا المذهب جعل الأعمام لأم، والعمّات مطلقا في منزلة الأب، وكذلك الأخوال والخالات مطلقا، فإنهم ينزلون منزلة الأم وللذكر نصيب الأنثيين، وكذا عدم اعتبار الوصف المانع، من كفر أو رقّ فيمن أدلوا به، بحيث يرث من أدلى بكافر أو رقيق، فضلا على تقسيم المال على أولاد الإخوة والأخوات لأم، بين الذكور والإناث بالسوية كما هو الحال في توريث أصولهم⁽⁵⁾، كما استدلل الحنابلة أنّه قد روي عن علي وعبد الله رضي الله

(1) أهل التّزويل هم عمر بن الخطاب، وابن مسعود، وعلي بن أبي طالب رضي الله عنهم، وعمل بهذا المذهب الإمام أحمد بن حنبل رحمه الله، وكذا المتأخّرين من المذهبيين المالكي والشافعي. (أنظر: محمد أبو زهرة. أحكام التّركات والموارث. ص 194).

(2) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 497.

(3) ابن قدامة. المغني. ج 7 ص 84.

(4) الدسوقي. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. ج 4 ص 468؛ الشيرازي. المهذب في فقه الإمام الشافعي. ج 2 ص 31.

(5) محمد علي فركوس. ذوو الأرحام في أحكام الموارث. ص 107.

عنهما، أنَّهما نَزَلَا بنت بنت بنت منزلة البنت، وبنت الأخ منزلة الأخ، وبنت الأخت منزلة الأخت، والعمّة منزلة الأب، والخالة منزلة الأم، وروي ذلك عن عمر رضي الله عنه في العمّة والخالة.

مثال ذلك من مات عن: بنت بنت، وبنت بنت ابن، وبنت أخ، وخالة، فلبنت البنت النصف، ولبنت بنت الابن السدس تكملة الثلثين، وللخالة السدس، والباقي لبنت الأخ، فإن كان مكان الخالة عمّة حجت بنت الأخ، وأخذت الباقي لأنّ العمّة كالأب، فتسقط من هو بمنزلة الأخ، ومن نزلها عمّا جعل الباقي لبنت الأخ، وأسقط العمّة، ومن نزلها جدا قاسم بنت الأخ الثلث الباقي بينهما نصفين، ومن نزلها جدّة جعل لها السدس، ولبنت الأخ الباقي⁽¹⁾.

ومثال ذلك أيضا من مات عن عمّة وخالة، فللعمّة الثلثان وللخالة الثلث، على اعتبار أنّه كأنما مات عن أب وأمّ فالأم تستحقّ الثلث فرضا، والأب يأخذ الباقي تعصبا لانعدام الفرع الوارث، فالعمّة قد أدلت بالأب وهو صاحب الفرض، وكذلك الخالة التي أدلت للأمّ، وقد استدل فقهاء هذا الرأى قياسا بما روى الشّعبي عن ابن مسعود رضي الله عنه في ابنة ابنة وأبنة أخت أن المال بينهما نصفان⁽²⁾.

3- طريقة أهل القرابة.

تعمل هذه الطّريقة على توريث ذوي الأرحام بحسب قرب الدّرجة، ثم قوّة القرابة، قياسا بالعصبات، وسميت كذلك لأنها تنبني على أساس درجة القرابة وقوتها، وقد أخذ بها الحنفية وهم أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد وزفر وعيسى بن أبان، الذين يورثون ذوي الأرحام بنفس طريق توريث العصبات⁽³⁾، فيأخذ الواحد منهم كلّ المال إذا انفرد، وأمّا إذا كان مع غيره كان التّرجيح بالجهة، ثم بقرب الدّرجة من الميّت، ثم بقوة القرابة، ويحجب الأقرب منهم الأبعد، وهو ما يتجلّى أيضا في حالة وجود الذّكور والإناث، حيث للذكور مثل حظّ الأنثيين، وقد عمل أهل هذا المذهب على تقسيم ذوي الأرحام إلى أربعة أصناف، وجعلوا لكلّ صنف فروعا بحسب درجة قرابتهم للمورث.

يمثّل الصّنف الأول الفروع الذين يشملون أولاد البنات وبنات الأبناء، وإن نزلوا سواء كانوا ذكورا أو إناثا⁽⁴⁾، فإذا وُجد واحد منهم فقط أخذ كلّ التّركة، أو ما تبقى بعد فرض أحد الزّوجين، وإذا تعدّدوا وتفاوتوا

(1) عن علي أيضا أنه نزل العمّة منزلة العمّ، وروي ذلك عن علقمة ومسروق، وهي الرواية الثانية عن أحمد رضي الله عنه وعن الثوري وأبي عبيد، أنَّهما نَزَلَا منزلة الجدّ مع ولد الإخوة والأخوات، ونزلها آخرون منزلة الجدّة، وإنّما صار هذا الخلاف في العمّة لأنها أدلت بأربع جهات وارثات؛ فالأب والعمّ أخاها والجدّ والجدّة أبواها، ونزل قوم الخالة جدّة، لأنّ الجدّة أمها والصّحيح من ذلك تنزيل العمّة أبا والخالة أمّا، كما أنّ الأب أقوى جهات العمّة، والأم أقوى جهات الخالة، فتعيّن تنزيلهما بهما دون غيرهما كبنت الأخ و بنت العمّ، فإنّهما ينزلان منزلة أبويهما دون أخويهما، ولأنّه إذا اجتمع لهما قرابات ولم يمكن توريثهما بجميعهما ورثتا بأقواهما. (أنظر: ابن قدامة. المغني ج 7 ص 84).

(2) السرخسي. المبسوط. ج 30 ص 4.

(3) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 498.

(4) محمد محده. التركات والمواريث دراسة مدعّمة بالقرارات والأحكام القضائية. ص 313.

في الدرجة، كان أولاهم بالميراث أقربهم للميت، فبنت البنت أولى من ابن بنت الابن، وإذا تساوا في الدرجة فولد الوارث أولى من ولد ذي الرحم، فبنت بنت الابن أول بالميراث من ابن بنت البنت، فأصل البنت وهو أمها من أصحاب الفروض، على العكس من الابن الذي أمه من ذوي الأرحام⁽¹⁾، أما إذا تساوا في الدرجة وقوة القرابة، فتقسم التركة بينهم بالسوية، وإذا كانوا ذكورا وإنثاء، فللذكر مثل حظ الأنثيين⁽²⁾.

ويمثل الصنف الثاني جهة الأصول الذين يشملون الجد غير الوارث⁽³⁾، والجدّة غير الوارثة وإن علت⁽⁴⁾، وهذا الصنف لا يرث مع وجود أحد ورثة الصنف الأول، فإن لم يكن أحد من أصحاب الفروض أو العصباء أو أحد ذوي الأرحام من الصنف الأول، ووجد واحد من هذا الصنف أخذ كل التركة أو ما تبقى منها بعد فرض أحد الزوجين، وإن وجد أكثر من واحد واختلفت درجاتهم كان أولاهم بالميراث أقربهم إلى الميت درجة، ذكرا كان أو أنثى، من جهة الأب أو الأنثى، وسواء أدلى بوارث أو بغير وارث، ومثال ذلك من توفي عن أبي الأم، وأبي أم الأم، كان الميراث للأول لأنه الأقرب⁽⁵⁾، وإذا تساوت درجاتهم قدّم من كان يدلي للميت بوارث صاحب فرض على من يدلي إليه بذوي رحم، فلو مات عن أب أم الأم وعن أب أب الأم، كان الميراث لأب أم الأم، وإن تساوا في الدرجة وفي الإدلاء، بأن كان كل منهم يدلي بوارث أو بغير وارث؛ فإن كانوا جميعا من حيّز واحد بأن كانوا جميعا من جهة الأب، أو كانوا جميعا من جهة الأم، اشتركوا في الميراث للذكر مثل حظ الأنثيين، باعتبار أبادانهم دون نظر لمن يدلون بهم، فلو توفي عن أب أب الأم وأم أب الأم، كان الميراث بينهما للذكر ضعف الأنثى، وذلك لاستوائهما في الدرجة والقرابة، أما إذا تساوا في الإدلاء ولكنهم اختلفوا في الحيّز، بأن كان بعضهم من قرابة الأب وبعضهم من قرابة الأم، فإنّه يكون لقرابة الأب الثلثان، ولقرابة الأم الثلث، ويقسم نصيب كل فريق بين أصحابه للذكر ضعف الأنثى، كما لو ترك الميت أبا وأما، فلو توفي عن أب أم الأب، وأب أم الأم، كان الميراث بينهما لاستوائهما في الدرجة والإدلاء، ولكن لاختلافهما في الحيّز يأخذ الأول الثلثان لأنه جد من جهة الأب، ويأخذ الثاني الثلث لأنه جد من جهة الأم⁽⁶⁾، وربط الحنفية هذا الصنف بعدد البطون التي يتصل بها الأجداد إلى الميت، فمن كان عدد اتصاله بالبطون أقل كان أولى في الميراث من غيره، وكمثال على من يتصل للميت ببطن واحد وهو أب الأم والذي يتصل ببطينين وهو أب أم الأم وأبو أب الأم وأب أم

(1) مريم أحمد الداغستاني . المواريث في الشريعة الإسلامية على المذاهب الأربعة . ص 83.

(2) السرخسي. المبسوط. ج 30 ص 6 .

(3) سمى الأحناف هذا الصنف بالجد الفاسد والجدّة الفاسدة؛ فالجد الفاسد هو من يتصل للميت بأب كأم الأم، والجدّة الفاسدة هي من يتصل في نسبها للميت أب من أمين كأب أم أم الأم. (أنظر: السرخسي. المبسوط. ج 30 ص 26).

(4) محمد محده . التركات والمواريث دراسة مدعّمة بالقرارات والأحكام القضائية. ص 313.

(5) محمد مصطفى شلبي. أحكام المواريث بين الفقه والقانون. ص 295.

(6) أحمد فراج حسين. أحكام التركات والمواريث في الفقه والقانون. ص 267.

الأب، وأما الجدات فمثلا أم أب الأم، ومن أمثلة توريث هذا الصنف كذلك "إن ترك أب أم الأب وأب أم أب الأب فعلى قول أهل القرابة المال كله لأب أم الأب لأنه أقرب بدرجة⁽¹⁾."

بالنسبة للصنف الثالث الذي يمثل الحاشية القريبة، وتشمل أولاد الإخوة لأم، وبنات الإخوة الأشقاء أو لأب، وأولاد الأخوات الشقيقات أولأب وإن نزلوا⁽²⁾، فيشترط في ميراثهم عدم وجود أحد من الصنفين الأول والثاني⁽³⁾، فعند انفراد واحد منهم وعدم وجود آخر من ذوي الأرحام، أو ذوي الفروض، أو العصباء، فإنه يستفرد بالتركة، وإذا كان معه أحد الزوجين، استحق ذو الرحم الباقي بعد نصيب أحد الزوجين، وفي حالة التعدد والتفاوت في الدرجة، كان أولاهم بالميراث أقربهم درجة للميت، حيث أن بنت الأخ لأم تتقدم على بنت ابن الأخ الشقيق، لأنها الأقرب درجة، وفي حالة تعددهم وتساوئهم في الدرجة، فيقدم من يؤدي بوارث على من يؤدي بغير وارث، كمن يترك بنت ابن أخ شقيق، وابن بنت أخ شقيق، فالبنت تتقدم على الابن، لأن أباهما ابن أخ شقيق وهو عاصب، أما الثاني فهو ابن بنت أخ شقيق وهي من ذوي الأرحام، وإذا استتوا في الإدلاء يقدم الأقرب للميت، فمن كان أصله لأبوين يقدم على من كان أصله لأب، وفي صورة ما اتحدوا في الدرجة، واستتوا في الإدلاء أو عدمه، وفي قوة القرابة، فيكون الميراث للذكر مثل حظ الأنثيين، كمن ترك ابن ابن أخ لأم، وابن ابن أخت لأم⁽⁴⁾.

أما الصنف الرابع فيتمثل في الحاشية البعيدة، وتشمل فروع الأجداد والجدات ممن ليسوا أصحاب فروض وعصباء، وهم الأخوال والخالات، والأعمام والعَمَّات لأم⁽⁵⁾، وهم يتشكلون في ست طبقات، فكل مرتبة من مراتب هذا الصنف بجميع طبقاتها تحجب ما فوقها من المراتب بجميع طبقاتها، فأعمام الميت وعماته، وأخواله وخالاته، يحجبون أعمام أب الميت لأم، وعمات أبيه، وأخوال أبيه وخالات أبيه، فمن ترك عمه وعمه أب، كان المال كله للأولى؛ لأنها أقرب درجة⁽⁶⁾، وإذا تساوا في المرتبة، وتعدّدوا، وكان كلهم من جانب الأب كالعَمَّات، أو من جانب الأم فقط كالخالات، قدم الأقوى قرابة، ذكرا كان أو أنثى، فمن مات عن عمه لأبوين، وعمه لأب، كان المال للأولى، لأنها أقوى قرابة، وإذا تساوا في قوة القرابة، كان للذكر مثل حظ الأنثيين، فمن مات عن خالين لأب وأم، كان المال بينهما نصفين لاستوائهما في قوة القرابة، ومن مات عن: عم لأم، وعمه لأم، كان المال بينهما أثلاثا، للعم ثلثان، وللعمة ثلث⁽⁷⁾، وإن اختلف أفراد الطبقة الواحدة، فكان بعضهم من جهة الأب، وبعضهم من جهة الأم، أعطى لجهة الأب ثلثان، ولجهة الأم الثلث، ثم يوزع نصيب كل

(1) السرخسي. المبسوط. ج 30 ص 26.

(2) محمد محده. التركات والميراث دراسة مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية. ص 313.

(3) مريم أحمد الداغستاني. الميراث في الشريعة الإسلامية على المذاهب الأربعة. ص 84.

(4) أحمد نصر الجندي. الميراث الشرع والقانون. ص 268 و 269.

(5) محمد محده. التركات والميراث دراسة مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية. ص 313.

(6) مصطفى عاشور. علم الميراث. مكتبة القرآن. القاهرة، مصر، 1988، ص 177.

(7) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 507.

فريق بين أفراد بحسب قوة القرابة، فإن استووا في القرابة قسم المال بينهم للذكر ضعف الأنثى، فمن مات عن عمه لأب وأم، وعمه لأم، وخال لأبوين، وخال لأب، كان للعممة لأبوين الثلثان، باعتبارهما من قرابة الأب، ولا شيء للعممة لأم، لأن الأولى أقوى قرابة من الثانية، وللخال لأبوين الثلث، لأنه من قرابة الأم ولا شيء للخال لأب، لأن الأول أقوى قرابة من الثاني، ويقدم في جميع الطبقات النازلة لكل مرتبة من مراتب هذا الصنف الأقرب منهم درجة على الأبعد، وإذا استووا في الدرجة، وكانوا جميعا من جانب واحد، أي من قرابة الأب، أو من قرابة الأم، قدم ولد العصبية على ولد ذي الرحم، وإذا استووا جميعا في الدرجة، وكانوا أولاد عصابات أو أولاد ذي رحم، قدم الأقوى قرابة، فمن مات عن بنت عمه لأبوين، وبنت عمه لأب، كان المال كله للأولى، لأنها أقوى منها قرابة.

بالرجوع إلى مسلك المشرع الجزائري، فقد جعل ذوي الأرحام صنفا وارثا من أصناف الورثة، وفقا للمادة 139 من قانون الأسرة، وحدد طريقة توريثهم بموجب المادة 168 بنصه على: "يرث ذوو الأرحام عند الاستحقاق على الترتيب الآتي: - أولاد البنات وإن نزلوا، وأولاد بنات الإبن وإن نزلوا، فأولاهم بالميراث أقربهم إلى الميت درجة، فإن استووا في الدرجة فولد صاحب الفرض أولى من ولد ذي الرحم، وإن استووا في الدرجة ولم يكن فيهم ولد صاحب فرض أو كانوا كلهم يدلون بصاحب فرض، اشتركوا في الإرث؛" فالمشرع الجزائري قال بتوريث ذوي الأرحام بشروط معينة ووفق طريقة محددة.

فواضح من حيث المبدأ وبمقارنة ما ورد من آراء المذاهب الفقهية، أن المشرع قد نهج منهج أهل القرابة من المذهب الحنفي، من حيث جهة القرابة ثم الدرجة، ثم قوة القرابة، ومعلوم أنه إذا وجد واحد من ذوي الأرحام منفردا من غير وجود أصحاب الفروض والعصابات فإنه يستحق الإرث.

بمقارنة نص المادة السابقة، مع ما جاء به مذهب أهل القرابة، يمكن ملاحظة أن هذا الأخير قد قسم ذوي الأرحام إلى أربعة أصناف، فلا ميراث لأصحاب الصنف الثاني في ظل وجود أصحاب الصنف الأول، لأن مذهب أهل القرابة قائم على الدرجة بين الأصناف التي تضم عددا كبيرا من ذوي الأرحام.

بالمقابل فإن المشرع الجزائري قد اختزل ذوي الأرحام في أولاد البنات وإن نزلوا، وأولاد بنات الإبن وإن نزلوا دون غيرهم، وهو ما يمثل الصنف الأول من ذوي الأرحام عند مذهب أهل القرابة.

غير أنه بالرجوع إلى نص المادة 168 باللغة الفرنسية، يفهم منها التلميح إلى باقي الأصناف الثلاثة الأخرى بدليل تعرضها لميراث الصنف الأول⁽¹⁾ حيث نصت على: "Les cognats de la première catégorie..."

فبمتابعة نص المادة دون اطلاق على تنظيم الفقه الإسلامي لأحكام ميراث ذوي الأرحام، يُعتقد أن ذوي الأرحام هم فقط الذين ذكروا في نص المادة، لكن المعروف أن ذوي الأرحام هم كثر ولذلك قسموا فقهاء في شكل أصناف، فولد صاحب الفرض فيهم أولى من ولد ذي الرحم، وإن استووا في الدرجة ولم يكن فيهم ولد

صاحب فرض أو كانوا كلهم يدلون بصاحب فرض اشتركوا في الإرث⁽¹⁾، ولذلك يجب العمل بحرفية النص وعدم التآويل، بمعنى عدم زيادة الوارثين من ذوي الأرحام، قياسا على أنّ النص الفرنسي قد تضمّن الصّنف الأول⁽²⁾.

ما يمكن ملاحظته أنّ المشرّع أشار إلى أنّه في حال لم يكن فيهم ولد صاحب فرض، أو كانوا كلهم يدلون بصاحب فرض فإنهم يشتركون في الإرث، وهذا بالخطأ بما كان وإنّما الإرث بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين وليس الاشتراك في المال، فالمشرّع الجزائري قصد أنّ المال بينهم للذكر ضعف الأنثى، إلّا أنّه صاغ "الإشتراك". من خلال الفقرة الثانية من المادة 167 من قانون الأسرة التي نصّت على: "ويُردّ باقي التركة إلى أحد الزوجين إذا لم يوجد عصبه من النسب أو أحد أصحاب الفروض النسبية، أو أحد ذوي الأرحام"، فقد أشار المشرّع إلى أخذ ذوي الأرحام باقي الإرث في حالة أخذ أحد الزوجين لنصيبه، ولا يُردّ عليهما إلّا إذا لم يكن هناك عصبه أو صاحب فرض نسبية أو أحد ذوي الأرحام، فيرث ذو الرّحم مع الزوجين، حيث يأخذ أحد الزوجين نصيب ويقسم المال الباقي على ذوي الأرحام.

ففي صورة التعدّد يقدّم الأقرب منهم درجة على الأبعد، وعند التساوي يُقدّم الأقوى إن كانوا جميعا أولاد عاصب أو أولاد ذي رحم، فإذا كانوا مختلفين قدّم ولد العاصب على ولد ذي الرّحم، وعند اختلاف جهة القرابة يكون الثلثان لقرابة الأب والثلث لقرابة الأم، ويكون للذكر مثل حظّ الأنثيين في توريث ذوي الأرحام باستثناء أولاد الإخوة من الأم فيكون ميراثهم بالسوية بين الذكر والأنثى⁽³⁾.

وعلى هذا الأساس إذا كان ذوو الأرحام من جهة واحدة، قدم الأقرب درجة من المتوفى، فإن استووا في الدرجة، كان الترجيح بالإدلاء، فمن أدلى إلى الميت بوراثة (صاحب فرض أو عصبه) يقدّم على من يدلي بغير وارث، وإن تساوا في الإدلاء، فالتقديم يكون بقوة القرابة، وإن تساوا في الإدلاء كان المال بينهم للذكر مثل حظّ الأنثيين⁽⁴⁾.

فلو توفي رجل عن زوجة وابن بنت وبنت بنت، فالملاحظ في هذه المسألة اجتماع صاحب فرض وهي الزوجة، وصاحبي الدفع وهما ابن بنت وبنت بنت وهما من ذوي الأرحام، فتطبقا لنص المادة 167 من قانون

(1) مسعود الهلالي . أحكام التركات والموارث في قانون الأسرة الجزائري . ص 182.

(2) رأى الأستاذ العربي بلحاج أنّ المشرّع الجزائري قد قصر ذوي الأرحام على المذكورين فقط في المادة 168 من قانون الأسرة، وعدم تبين طريق توريث كلّ صنف، ولذلك ينبغي الإحالة إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وفقا للمادة 222، وهذا لا يستقيم على اعتبار أنّ النص جاء دقيقا ومقتصرا، فضلا على تبينه طريقة ميراث الصّنف الأول دون البقية، ما يعني اتّجاه إرادة المشرّع إلى اختزالهم في الصّنف الأول دون غيرهم من الأصناف. (أنظر: العربي بلحاج. أحكام التركات والموارث على ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد. ص 263).

(3) العربي بلحاج. أحكام الموارث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات، ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا. ص 262.

(4) مسعود الهلالي . أحكام التركات والموارث في قانون الأسرة الجزائري . ص 184.

الأسرة يدفع لهم ولا يُردّ الباقي على الزوجة، كما أن ابن البنت وبنت البنت ليسا ولدين من فرع، لأن أولاد البنات هم أجنب عن عائلة الهالك، فهما لا يؤثران على نصيب الزوجة في الربع ويأخذان الباقي بالتعصيب⁽¹⁾. لقد ضيق المشرع الجزائري واسعاً في توريث ذوي الأرحام بموجب قانون الأسرة، باقتصاره على عدد ضئيل جدا من ذوي الأرحام، وعضلهم وحرّمهم من الميراث الذي منحهم الشرع إياه، فإعمالا لتفاصيل مادة توريث ذوي الأرحام في الجزائر سيتم تغيب فئات أسرية واسعة من الميراث، كما هو الشأن بالنسبة للخال، الخالة والعمة والعم لأُم، والذين هم أولى بالمال من الخزينة العامة.

لإزالة هذا الإشكال يحسّن الأخذ بطريقة أهل التنزيل في توريثهم بدلا من أهل القرابة، لأنها أبسر من حيث التطبيق وتتفق وأصول التوريث بين الورثة الأصليين، ولأنّه ليس معهودا من الميراث كما هو نهج أهل القرابة، أن يحجب فرد واحد من الفروع كلّ الأصول ومن يليهم من الإخوة والأخوات والأعمام وأبنائهم⁽²⁾.

في نفس السياق رأت المحكمة العليا أنّه لا يمكن حجب الأخت لأب بسبب تنزيل الأحفاد وفقا للقرارالذي نصّ على: "إنّ القضاء بحجب الأخت لأب بسبب الأحفاد المنزّلين منزلة الأم في التركة يعدّ مخالفة للشرع وتفسير خاطيء للقانون، لأنّ أبناء البنت المنزّلين من ذوي الأرحام، وهم غير حاجبين لأصحاب الفروض طبقا لأحكام المادة 168 من قانون الأسرة، وبذلك يكون نصيب الأخت هو ثابت في التركة، وترثه مع البنات السبعة عصبية"⁽³⁾.

يعتبر هذا القرار منطقيا على أساس أنّ المشرع خصّ أبناء الابن بحجب الأخت لأب في إطار المادة 164 من قانون الأسرة، أمّا أبناء البنت فإنهم من ذوي الأرحام، وأنّ تنزيلهم منزلة أمهم المتوفية وفقا للمادة 169 من قانون الأسرة، فلا يمكن أن يضاربه أصحاب الفروض الأصليين⁽⁴⁾.

الفرع الرابع: الرد على أصحاب الفروض النسبية.

ميراث أصحاب الفروض النسبية حالة تستدعي التّمحيص، ممثلة في الرد وكيفية حلّها وفقا للتفصيل التالي:

أولا: معنى الرد على أصحاب الفروض النسبية اصطلاحا.

يُقصد بالردّ في علم الموارث نقصان وقصور عدد السّهام عن أصل المسألة، ممّا يجعلها قاصرة على استنفاد التّركة، فيستلزم زيادة في الأنصبة بقدر سهام من يرّد عليهم في المسألة⁽⁵⁾، فيقتضي ذلك ردّ ما بقي

(1) صالح ججيك. الميراث في القانون الجزائري. الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، ط1. 2002. ص 97.

(2) محمد علي فركوس. ذوو الأرحام في أحكام الموارث. ص 199.

(3) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 2001/04/18- ملف رقم 256446 - (المجلة القضائية لسنة 2003. العدد الأول. ص 357).

(4) العربي بلحاج. أحكام الموارث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات، ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا. ص 261.

(5) محمد محده. التركات والموارث دراسة مدعّمة بالقرارات والأحكام القضائية. ص 251.

من فروض أصحاب الفروض النسبية بحسب نصيب كل واحد منهم.

فالردّ يتحقق عند نقصان عدد سهام الورثة، وهو ما يرتب إعادة تقسيم ما تبقى من المال على أصحاب الفروض النسبية.

ثانياً: الرد بين مؤيد ومعارض.

إن فكرة الرد في الميراث فكرة نسبية لأنها محلّ اختلاف بين الفقهاء، فرأى فريق أول عدم الرد، ورأى فريق آخر بالردّ عليهم، وتأثر المشرع الجزائري بهذه الآراء، وهو ما يستوجب تفصيل ذلك وفقاً لما يلي:

1- القائلون بالردّ.

يرى أنصار هذا الفريق بالرد، غير أنهم اختلفوا في الرد وفق عدّة آراء هي:

أ- رأي عثمان بن عفان: ذهب عثمان رضي الله عنه إلى الرد على جميع أصحاب الفروض دون استثناء، أي يكون الرد على أصحاب الفروض السببية والنسبية بلا تمييز، فإجازة النقص من سهامهم في العول من دون تفريق، يقابله أن يكون الرد عليهم مازاد من السهام من دون تفريق أيضاً⁽¹⁾.

ب- رأي علي ابن أبي طالب: وبه قال عمر بن الخطاب، ويمثل رأيه رأي الجمهور، فيكون الرد على غير الزوجين، من أصحاب الفروض بحسب فروضهم، وبه قال الحنفية والحنابلة⁽²⁾، وهو المعتمد عند متأخري المالكية⁽³⁾، والمفتى به عند متأخري الشافعية بسبب عدم انتظام بيت المال⁽⁴⁾، فالرد يكون على أصحاب الفروض النسبية دون الفروض السببية.

ج- رأي ابن عباس: يرى ابن عباس أن الرد لا يكون على الزوجين، بسبب انقطاع الزوجية بالموت، والجدّة إذا كان معها صاحب فرض نسبي، ولأن ميراثها ثابت من السنّة لحديث عن عبد الله بن بريدة عن أبيه قال أطلع رسول الله ﷺ الجدّة السدس إذا لم تكن أم⁽⁵⁾، فلا يُزاد عليه إلا إذا لم يكن وارثاً نسبياً غيرها⁽⁶⁾.

وأقام هذا الرأي دليلاً على ما يقول من خلال قوله تعالى: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ...﴾⁽⁷⁾، فكان الزوجان أبعد إلى الميت من الوارثين بالفرض عن طريق النسب ممّا جعلهم أولى منهم وأحقّ

(1) محمد مصطفى شلبي. أحكام الموارث بين الفقه والقانون. ص 262.

(2) السرخسي. المبسوط. ج 29 ص 192؛ ابن قدامة. المغني. ج 7 ص 115 و 116.

(3) الدردير. الشرح الصغير. ج 4 ص 629 و 630.

(4) الشيرازي. المذهب في فقه الإمام الشافعي. ج 2 ص 31.

(5) رواه النسائي وأبو داود (أنظر: النسائي. سنن النسائي الكبرى. كتاب الفرائض. ذكر الجدات والأجداد ومقادير نصيبهم. الحديث رقم 6338. ج 4 ص 73؛ أبو داود. سنن أبي داود. كتاب الفرائض. باب في ميراث الجدّة. الحديث رقم 2895. ج 2 ص 136).

(6) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 507.

(7) سورة الأحزاب. الآية 6.

بذلك فيما بقي⁽¹⁾.

وأما من السنة فللحديث المروي عن النبي ﷺ أَنَّ امرأة قالت يا رسول الله، إني تصدقت على أُمي بجارية، فماتت وبقيت الجارية، فقال: "وجب أجرك، ورجعت إليك الجارية في الميراث"⁽²⁾، فجعل حقها في الجارية كلها، ولولا الرد لوجب لها نصفها فقط.

2- القائلون بعدم الرد.

هذا الرأي هو مذهب زيد بن ثابت، وأخذ به مالك والشافعي في القديم⁽³⁾، فما تبقى من التركة بعد أخذ أصحاب الفروض فروضهم، وانعدام العاصب، يؤول لبيت مال المسلمين، ودليل زيد هو قطعية نصوص الميراث ولا يمكن الزيادة في الأنصبة، لأن ذلك من قبيل تجاوز ما حدده الشرع، فالله تعالى قد توعد بالعقاب في ختام آيات الموارث⁽⁴⁾ فقال: ﴿تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يُطِيعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ يُدْخِلْهُ جَنَّاتٍ تَجْرِي مِنْ تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ خَالِدِينَ فِيهَا وَذَلِكَ الْفَوْزُ الْعَظِيمُ* وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ نَارًا خَالِدًا فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ مُهِينٌ﴾⁽⁵⁾.

لكن متأخري المالكية والشافعية أفتوا برد الباقي على أصحاب الفروض باستثناء الزوجين عند ثبوت عدم انتظام بيت مال المسلمين⁽⁶⁾.

بالرجوع إلى مسلك المشرع الجزائري، فقد نصّ على الردّ من خلال المادة 167 من قانون الأسرة متأثراً بالأراء الفقهية المختلفة حول الردّ، حيث نصّت المادة على: "إذا لم تستغرق الفروض التركة ولم يوجد عصبه من النسب ردّ الباقي على غير الزوجين من أصحاب الفروض بنسبة فروضهم. ويردّ باقي التركة إلى أحد الزوجين إذا لم يوجد عصبه من النسب أو أحد أصحاب الفروض النسبية أو أحد ذوي الأرحام".

ثالثاً: شروط تطبيق الردّ.

من خلال فحص فقرتي هذه المادة، يتّضح أنّ المشرع الجزائري قد أخذ في الفقرة الأولى برأي الحنفية والحنابلة، وجمهور الصحابة وعلى بن أبي طالب رضي الله عنه، بالردّ على أصحاب الفروض النسبية، دون

(1) محمد محده . التركات والموارث دراسة مدعّمة بالقرارات والأحكام القضائية. ص 252.

(2) رواه مسلم. (أنظر: صحيح مسلم. كتاب الصيام . باب قضاء الصيام عن الميت. الحديث رقم 1149. ج 2 ص 805؛ النسائي. سنن النسائي الكبرى. كتاب الفرائض. ميراث الابنة الواحدة المنفردة. الحديث رقم 6314. ج 4 ص 66؛ أبو داود. سنن أبي داود. كتاب الأيمان والنذور. باب في قضاء النذر عن الميت. الحديث رقم 3309. ج 2 ص 256؛ ابن ماجه. سنن ابن ماجه. أبواب الصدقات. باب من تصدّق بصدقة ثم ورثها . الحديث رقم 2394. ج 3 ص 474؛ الترمذي. الجامع الصحيح سنن الترمذي. كتاب الزكاة . باب ما جاء في المتصدق يرث صدقته. الحديث رقم 667. ج 3 ص 54؛

(3) التدرير. الشرح الصغير. ج 4 ص 629 و 630؛ الشيرازي. المهذب في فقه الإمام الشافعي. ج 2 ص 31.

(4) محمد مصطفى شلبي. أحكام الموارث بين الفقه والقانون. ص 262.

(5) سورة النساء . الآية 13 و 14.

(6) القرافي . الذخيرة . ج 13 ص 54؛ الشيرازي. المهذب في فقه الإمام الشافعي. ج 2 ص 31.

السببية، بينما عاد في الفقرة الثانية وأخذ برأي عثمان بن عفان رضي الله عنه بالرد على الزوجين، إذا لم يوجد ذوو الأرحام، وهو رأي صائب بغية المحافظة على مال الزوجين وجعله لأحدهما، دون غيره من المستحقين إكراما لكلّ منهما على العشرة الزوجية في حياتهما⁽¹⁾، فمن خلال نصّ المادة السابقة يمكن استنتاج شروط الرد في إطار قانون الأسرة الجزائري، على النحو التالي:

1- أن لا تستغرق الفروض التركة، لأنّه إذا تمّ ذلك فلا مجال لتطبيق الرد، فعندئذ تكون المسألة إمّا عائلة أو عادلة.

2- إنعدام العاصب في المسألة، لأنّه في حالة ما وجد فإنّه يأخذ باقي المال بالتعصيب بعد أخذ كلّ صاحب فرض فرضه، وبالتالي عدم إمكانية تطبيق الرد.

فضلا عن ما سبق فإنّه لا يمكن الرد على الأب أو الجد لأنهما إذا جدا أخذنا نصيبهما فرض وتعصيبا، وبالتالي لا يمكن إعمال الرد، كما أنّه يمكن الرد على أصحاب الفروض وهم: البنت، بنت الابن، الأخت الشقيقة، الأخت لأب، الأخت لأم، الأخ لأم، الأم، والجدّة؛ كما أنّه إذا انعدم أصحاب الفروض والعصبات وكذا ذوي الأرحام، فيمكن عندئذ الرد على أحد الزوجين، ولا يتصوّر ميراث أحدهما بالردّ إلّا في حالة الإنفراد أي الميراث فرضا ورثا⁽²⁾.

رابعا: الأقارب المعنيون بالرد.

من خلال رأي المشرّع الجزائري الذي أخذ بقول الجمهور، فإنّه يتمّ الرد على جميع أصحاب الفروض باستثناء الزوجين، فالردّ يشمل ثمانية أصحاب فروض وهم: 1- البنت، 2- بنت الابن، 3- الأخت الشقيقة، 4- الأخت لأب، 5- الأم، 6- الجدّة الصحيحة، 7- الأخت لأم، 8- الأخ لأم.

ولا يتمّ الرد على كلّ من الأب والجدّ، لأنهما عصبة نسبية، فيأخذ كلّ منهما الباقي من التركة بعد الفروض تعصيبا، وفقا للمادتين 152 و 153 في فقرتها الثالثة من قانون الأسرة، فلا يمكن تصوّر تحقّق حالة الردّ بوجود العاصب كالأب أو الجدّ.

فضلا على أنّه لا يردّ على الزوجين، لأنّ قرابتهما ليست نسبية، بل هي سببية سببها الزّواج، والذي انقضى بموت أحدهما، فيأخذ كلّ منهما نصيبه دون زيادة، ومازاد من المال، فإنّه يردّ على أصحاب الفروض الآخرين وفقا للفقرة الأولى من المادة 167 من قانون الأسرة، ولا يمكن الردّ على الزوجين إلّا إذا لم يوجد عاصب نسبي، أو صاحب فرض، أو ذورحم وفقا للفقرة الثانية من المادة 167⁽³⁾.

(1) العربي بلحاج. أحكام الموارث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات، ومدغم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا. ص 301.

(2) مسعود الهلالي . أحكام التركات والموارث في قانون الأسرة الجزائري . ص 170.

(3) العربي بلحاج. أحكام الموارث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات، ومدغم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا. ص 302 و 303.

خامسا: حلّ مسائل الرّد.

يمكن أن تعتري الرّد حالات يمكن التطرّق إلى معالجتها وفقا للتّفصيل التّالي:

1-أن يكون الورثة أصحاب فرض واحد وبدون أحد الزّوجين.

أصل المسألة في هذه الحالة هو عدد الرّؤوس بصرف النّظر عن عدد الأسهم، ومثال ذلك هو من مات عن جدة وأخت لأم، فيمكن ملاحظة أنّ المسألة رديّة لأنّ مجموع الأسهم 2 وأصلها 6، ولهذا تصحّح بجعل عدد الرّؤوس هو أصل المسألة 2، فيكون لكلّ منهما سهما واحدا فرضا وردّا.

2-أن يكون الورثة أصحاب فروض متعدّدة وبدون أحد الزّوجين.

أصل المسألة في هذه الحالة هو عدد سهام الورثة ولا اعتبار لعدد الرّؤوس، ومثال ذلك من مات وترك بنت، بنت ابن، وأم، فيمكن ملاحظة أنّ المسألة رديّة لأنّ مجموع الأسهم 5، وأصل المسألة 6، فيكون للبنت 3، ولبنت الابن 1، وللأم 1.

3-أن يكون الورثة أصحاب فرض واحد مع وجود أحد الزّوجين.

في هذه الحالة أصل المسألة هو مقام فرض أحد الزّوجين، والباقي يقسم على رؤوس باقي الورثة، فإذا انقسم دون انكسار فلا مشكل، وإن كان انكسار صحّحت المسألة الرّدية بضرب عدد الرّؤوس في أصل المسألة، ومثال ذلك من توفي عن: زوجة وأختين لأب⁽¹⁾.

المسألة رديّة لأنّ مجموع أسهم الورثة هو (11)، وعلى هذا الأساس يمكن تصحيحها بمسألة ثانية يكون أصلها من مقام الزّوجة (4) التي تأخذ نصيبها والمقدّر بواحد من أربعة، والباقي (3) يقسم على رؤوس الأختان لأب، فيمكن ملاحظة وجود انكسار فتصحّح المسألة ككلّ بضرب أصلها (4) في (2) ويكون أصل المسألة الجديدة هو (8)، للزّوجة (2) ولكلّ من الأختين لأب (3).

4-أن يكون الورثة أصحاب فروض متعدّدة مع وجود أحد الزّوجين.

أصل المسألة الأولى وهو مقام فرض أحد الزّوجين، ويستخرج أصل المسألة الثانية من مجموع سهام أصحاب الفروض، والباقي من السّهام بعد نصيب أحد الزّوجين يُنظر فيه بنسبة أنصبة الورثة الباقين، ومثال ذلك زوج، أم، بنت.

المسألة رديّة لأنّ مجموع الأسهم هو 11 أقلّ من أصل المسألة الذي هو 12، ويمكن تصحيحها بمسألة ثانية، يُراعى فيها مقام أحد الزّوجين ونصيب بقية الفرضيين، ثم الوصول للمسألة الجامعة التي يكون أصلها هو حاصل ضرب مقام فرض الزّوج (4) بمجموع نصيب أسهم الفرضيين، أي الأم والبنت وهو (4)، فيكون: $16=4 \times 4$.

(1) مسعود الهلالي . أحكام التركات والمواريث في قانون الأسرة الجزائري . ص 173 و 174.

الفرع الخامس: الميراث للمقرّله بنسب محمول على الغير.

يشترط في ثبوت الصّلات النّسبية ضرورة ثبوت الأبوة والبنوة، فإذا ثبت أن شخص ابن لشخص آخر، انسحب ذلك على باقي الصّلات الأخرى من أخوة وعمومة وغيرها، على أن ثبوت النّسب يكون من خلال الفراش، أو إقامة البينة، أو الإقرار ببنوة شخص أو أبوته، مع تصديق المقرّله إذا كان أهلا للتصديق، وقد يكون من ليس له وارث أصلا، وكان هناك شخص قد أقرّ بأخوته مثلا، ولا دليل عليها، فإنّه يأخذ المال، على أنّ الميت أراد في حياته أن يأخذه لا على اعتباره أنّه وارث، فأساس الإرث هو النّسب⁽¹⁾، فقد يقرّ المورث أو الوارث بوجود وارث آخر يستحقّ الإرث، ويترتب على ذلك أنّه يستحقّ نصيبا في المال، ولذلك ينبغي تفصيل هذه الجزئية كما يلي:

أولا: أنواع الإقرار بالنّسب.

يتفرّع الإقرار بالنّسب إلى إقرار بالنّسب على النفس، وإقرار بالنّسب على الغير.

1- الإقرار بالنّسب على النفس.

يعرف أيضا بالاستلحاق، ويقصد به أن يقول المقرّل لشخص، هذا الشّخص ابني، فيقرّ ببنوته، أو يقرّ أن شخصا أبوه، فيقول هذا الشّخص أبي، فيكون الإقرار بالأبوة في هذه الحالة تحميل النّسب على المقرّ نفسه، ومردّد ذلك أنّه لا يشترط أن يثبت من الغير حتى ينسحب على المقرّ، فالإقرار بأصل النّسب يثبت به النّسب دون الحاجة إلى بيان سببه من زواج أو اتّصال شبيهة⁽²⁾.

وقد تضمّن قانون الأسرة الجزائري الإشارة إلى الإقرار على النفس من خلال المادة 44 التي نصّت على: "يثبت النّسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة، لمجهول النّسب ولو في مرض الموت متى صدّقه العقل والعادة".

كما أنّ المشرّع الجزائري قد أشار إلى إمكانية إجراء الزّوجين للتّلقيح الاصطناعي، وفق شروط ضابطة لهذه العملية، بموجب المادة 45 مكرر من قانون الأسرة بنصّها على: "يجوز للزّوجين اللّجوء للتّلقيح الاصطناعي".

على هذا الأساس يعتبر الطّفل المولود من تلقيح اصطناعي، أو ما يعرف بـ "طفل الأنابيب" شرعيّا، ويثبت نسبه لأبيه وأمه، وبالتالي تثبت له جميع الحقوق الشرّعية والقانونيّة، ولا سيما الميراث.

(1) مريم أحمد الداغستاني . المواريث في الشّريعة الإسلامية على المذاهب الأربعة. ص 95.

(2) أحمد نصر الجندي. المواريث الشرع والقانون . ص 276 و 277.

2- الإقرار بالنسب على الغير.

يقصد بذلك أن يقرّ شخص لآخر مجهول النسب بأنه أخوه أو عمّه أو ابن ابنه، ولم يمكن إثبات نسبه بطريق آخر غير الإقرار⁽¹⁾، فلا يثبت به النسب، وإنّما يثبت به الميراث بعد التحقق والتحري مع اليمين⁽²⁾. وأشار المشرع الجزائري للإقرار بالنسب على الغير من خلال المادة 45 من قانون الأسرة بنصّها على: "الإقرار بالنسب في غير البنوة، والأبوة، والأمومة، لا يسري على غير المقرّ إلا بتصديقه".

ثالثا: شروط الميراث بسبب الإقرار بالنسب المحمول على الغير.

لا يثبت بالإقرار نسب المقرّ عليه، فلا يُمكن لشخص إلحاق نسب شخص بآخر، فلا يرث من تركته المقرّ عليه، وإنّما يرث من المقرّ نفسه إن مات، ولم يكن له أحد من الورثة، ويراعى في ذلك توافر شروط يمكن إجمالها في مايلي:

- 1- أن يكون المقرّ له مجهول النسب، فإذا كان معروف النسب بطل ذلك الإقرار، فثبوت النسب لا يقبل التحويل إلى الغير، فشرط الأخذ بهذا الإقرار عدم قيام دليل على كذبه.
- 2- أن يكون الإقرار تماشيا مع المنطق والعادة، فإذا كان المقرّ له أكبر سنّا أو مساويا للمقرّ عليه بطل لمخالفته للواقع⁽³⁾.

- 3- تضمّن الإقرار بالنسب نسبه على غيره، فإن تضمّن الإقرار نسبه منه، كإقراره ببنوته، ثبت نسبه منه.
- 4- أن يكون الإقرار بحيث لا يثبت به نسبه من ذلك الغير، كما إذا لم يصدّقه أبوه في هذا النسب، فإذا صدّقه، ثبت بإقرار المقرّ نسبه من أبيه أيضا، وكان المجهول نسبه أبا للمقرّ.
- 5- موت المقرّ مُصرّا على إقراره، لأنّه في صورة ما رجع عن ذلك لا يعتدّ به، وبالتالي فلا يثبت به الميراث⁽⁴⁾.

رابعا: أثر الإقرار بالنسب على الميراث.

إنّ المقرّ له بنسب محمول على الغير يرث من المقرّ نفسه إذا مات، وليس له ذو فرض، ولا عاصب، ولا ذو رحم، فيتربّط على ذلك ميراث المقرّ له، ويمكن التمييز بين الإقرار الذي يكون من المورث لوارث، وكذا إقرار الوارث لوارث جديد، وهو ما يمكن توضيحه كما يلي:

1- الميراث على أساس إقرار المورث بوارث.

إذا أقرّ المورث بوارث، كأن يقرّ بأن شخصا معيّنا أخ له، وجب التحقيق والتثبت من أجل الوقوف على مدى مصداقية الإقرار، لأنّ الأخ سيرث الباقي بالتعصيب، حتى لا يكون الباعث من ذلك تدليسيا من أجل تجاوز الوصيّة بالثلث، أو حرمان الخزينة العامّة من الميراث.

- (1) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 409.
- (2) العربي بلحاج. أحكام الموارث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات، ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا. ص 339.
- (3) محمد مصطفى شلبي. أحكام الموارث بين الفقه والقانون. ص 315 و 316.
- (4) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 409.

2- الميراث على أساس إقرار الوارث بوارث آخر.

إذا أقرَّ كلُّ الورثة بوارث آخر غيرهم، فيرث معهم شأنه شأن باقي الورثة، فلو أقرَّ جميع الورثة ابنا آخر للمورث، فإنه يرث مع الذكور والإناث عملا بقاعدة للذكر حظُّ الأنثيين.

أما في صورة ما أقرَّ بعض الورثة وأنكر آخرون، فلا يلزم الإقرار سوى من أقرَّ دون من أنكر من مال المورث، فيكون ميراث المقرَّ له من نصيب من أقرَّ هذا النسب، ولا يكون من نصيب من أنكره⁽¹⁾، وهذا تطبيقا لأحكام المادة 45 من قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الثاني: الأحوال الميراثية للأقارب.

تختلف أنصبة الورثة من قريب لآخر، بحسب درجة قرابته، وحاله مع بقية الورثة، مع مُراعاة إذا كان ذكرا أو أنثى، ولذلك سيتم تفصيل نصيب كل واحد منهم وفقا لما يلي:

الفرع الأول: الأحوال الميراثية للنساء.

الفرع الثاني: الأحوال الميراثية للرجال.

الفرع الثالث: ميراث الأقارب وفق المسائل الخاصة.

الفرع الرابع: ميراث الأقارب وفق أوضاع خاصة.

الفرع الأول: الأحوال الميراثية للنساء.

تنال المرأة القريبة الحق في الميراث على أساس رابطة القرابة، بموجب نصوص قانونية صريحة مُستمدّة من أحكام الشريعة الإسلامية، وتنوّعت الأنصبة بتنوّع درجة القرابة ونوعها، وعلى هذا الأساس يجب أن يُراعى في القرابة مدى عُقمها واختلاف ذلك، بكون المرأة القريبة الوارثة أصلا أو فرعاً أو من حواشي المورث، وعلى ذلك يمكن معالجة هذه التفاصيل الميراثية كما يلي:

أولاً: الأحوال الميراثية للمرأة كأصل للمورث.

قد تكون المرأة القريبة الوارثة أصلا للمورث، وبالتالي تستحق نصيبها وفق قواعد معيّنة يجب مُراعاتها، وتضمّنها قانون الأسرة الجزائري، ويندرج في نطاق أصول المورث من النساء الوارثات الجدّة والأم، وهو ما سيتم تفصيله وفقا لما يأتي:

1- أنصبة ميراث الجدّة.

لا يخرج ميراث الجدّة عن حالتين هما:

(1) العربي بلحاج. أحكام الموارث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات، ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا. ص 340 و 341).

أ-السّـدس.

تأخذ الجدّة سواء كانت واحدة أو أكثر وسواء كانت من جهة الأب أو الأم، وفي حالة تعدّدهن إذا تساوين في الدّرجة كأم الأب وأم الأم فإنّ لهنّ السّـدس بالسّـوية⁽¹⁾، وتضمّن قانون الأسرة حالة استحقاق الجدّة للسّـدس من خلال المادة 149 التي شملت أصحاب السّـدس وخصّـها بذلك في الفقرة الرّابعة بنصّه على: "أصحاب السّـدس سبعة وهم:.... 4/الجدّة سواء لأب أو لأم وكانت منفردة، فإن اجتمعت جدّتان وكانتا في درجة واحدة قسم السّـدس بينهما، أو كانت للأم أبعد، فإن كانت هي الأقرب اختصّت بالسّـدس".

ب- الحجب.

تُحجب الجدّة بصفة مُطلقة بالأم، وتُحجب الجدّة الأبوية بالأب، فعند وجود الأم لا ترث أي من الجدّات شيئاً، أمّا عند وجود الأب فلا ترث الجدّة الأبوية، وكذلك لا ترث الجدّة الأبوية مع الجدّ إذا أدلت به كأم أبي الأب، وإن لم تُدلّ به فلا يحجبها وإن علت كأم أم الأب، فالجدّة الأميّة (الجدّة لأم) لا تُحجب بالأب، وعالج المشرّع الجزائري مسألة الحجب للجدّة، بأن تحجب الجدّة القريبة الجدّة البعيدة، ويحجب الجدّ أصلها من الجدّات⁽²⁾، حيث نصّت المادة 161 على: "تحجب الأم كلّ جدّة، وتحجب الجدّة لأم القريبة الجدّة لأب البعيدة ويحجب الأب والجدّ أصلهما من الجدّات"، وعلى هذا فالجدّة التي أدلت إلى الميّت بابنها فوجوده يحجبها.

2-أنصبة ميراث الأم.

ترث الأم وفق أحد الأنصبة التّالية:

أ-السّـدس.

تستحقّ الأم السّـدس إذا كان للميّت فرع وارث، ذكراً كان أو أنثى واحداً أو أكثر وإن نزل، أو إذا كان للميّت جمع من الإخوة والأخوات من أي جهة، وأورد المشرّع الجزائري ميراث الأم للسّـدس في الفقرة الثانية من المادة 149 من قانون الأسرة الجزائري: "...الأم بشرط وجود فرع وارث أو عدد من الإخوة سواء كانوا وارثين أو محجوبين...".

ب-الثّـلث.

ترث الأم ثلث التّركة كلّها إذا لم يوجد فرع وارث ولم يتعدّد الإخوة ولم يكن مع الأبوين أحد الزّوجين، وعرض المشرّع الجزائري نصيب الأم في الثّـلث في المادة 148: "الأم بشرط عدم الفرع الوراث أو عدد من الإخوة سواء كانوا أشقاء أو لأب أو لأم ولو لم يرثوا".

(1) مريم أحمد الداغستاني . المواريث في الشريعة الإسلامية على المذاهب الأربعة. ص 37.

(2) العربي بلحاج. أحكام المواريث في التّشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وفق آخر التّعديلات، ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا. ص 189.

ج- ثلث الباقي إذا كان مع الأبوين أحد الزوجين.

تكون هذه الحالة إذا ما انحصرت الورثة في أحد الزوجين والوالدين، أي زوج وأب وأم؛ فيرث الزوج النصف ثلاثة من ستة وللأب الباقي تعصيبا، وللأم الثلث الباقي بعد فرض الزوج وهو سهم من ستة أي السدس، أو زوجة وأب وأم، فللزوجة الربع من 12 وللأب الباقي تعصيبا وهو ستة، وللأم ثلث الباقي وهو ثلاثة أسهم.

بالرجوع إلى المشرع الجزائري فقد عالج هذه المسألة في المادة 177 من قانون الأسرة الموسومة بمسألة الغراوين من خلال نصّها على: "إذا اجتمعت زوجة، وأبوان، فللزوجة الربع وللأم ثلث ما بقي وهو الربع وللأب ما بقي، فإذا اجتمع زوج وأبوان فللزوج النصف وللأم ثلث ما بقي وهو السدس وما بقي للأب".

ثانيا: الأحوال الميراثية للمرأة كفرع للمورث.

يمكن للمرأة أن تكون فرعاً للرجل المتوفى، وتستحقّ بناء على ذلك حقّها الميراثي في تركته، في إطار حالات معينة محدّدة شرعا وقانونا، ويدخل في نطاق هذه الحالات: ميراث البنت وابنة الإبن، وفقا للتفاصيل التالية:

1-أنصبة ميراث البنت.

يمكن أن ترث البنت وفقا للأحوال التالية:

أ- النصف.

ترث البنت النصف في حالة الإنفراد مع من يساويها ومع من تتعصّب به، وأشار قانون الأسرة الجزائري إلى حالة ميراث البنت للنصف من خلال المادة 144 ذلك في إطار النصّ على أصحاب النصف في الفقرة الثانية: "البنت بشرط انفرداها عن ولد الصلب ذكرا أو أنثى".

ب- الثلثان.

في صورة ما انعدم العاصب، وتعدّدت البنات الصّلبيات ترثن الثلثين إذا كنّ اثنتين فأكثر، ونصّ قانون الأسرة على حالة ميراث الثلثين للبنات من خلال المادة 147 المبيّنة لمستحقي الثلثين ولا سيما الفقرة الأولى: "بنتان فأكثر بشرط عدم وجود الإبن".

ج- التعصيب.

ترث البنت بالتعصيب إذا كان معها الإبن المماثل لها في الدّرجة فيكون الميراث بينهما للذكر مثل حظّ الأنثيين، وقد نصّ قانون الأسرة الجزائري على ذلك في الفقرة الأولى من المادة 155 التي توضّح العصبات بالغير "البنت مع أخيها".

2-أنصبة ميراث بنت الابن.

يمكن أن ترث بنت الابن وفقا للحالات التالية:

أ- النّصف.

ترث بنت الابن النّصف إذا انعدم الابن الصّلي الذي يحجبها، وانفردت ولم تكن معها من تساويها، وانعدمت البنت الصّلبية وانعدم المعصّب الذي تتعصّب به وهو ابن الابن، وتضمّن المشرّع الجزائري حالة ميراث بنت الابن للنّصف من خلال المادة 144 من قانون الأسرة الجزائري في فقرتها الثالثة: "بنت الإبن بشرط انفرادها عن ولد الصلب ذكرًا كان أو أنثى وولد الإبن في درجتها".

ب- الثّلثان.

تنال بنت الابن الثّلثين إذا انعدم الابن الصّلي، وانعدمت البنت الصّلبية، وانعدم ابن الابن المعصّب، وتعدّدت بنات الابن، أي كنّ اثنتين فأكثر، ونصّ المشرّع الجزائري على ميراث بنت الابن في صورة التعدّد من خلال الفقرة الثانية للمادة 147 من قانون الأسرة الجزائري بنصّها على: "بنات الإبن فأكثر بشرط عدم وجود ولد الصلب، وابن الإبن في درجتهما".

ج- السّدس.

ترث بنت الابن السّدس إذا انعدم الابن الصّلي الحاجب لها، وانعدم المعصّب سواء كان أبا لها أو ابن عمّ، وانفردت أو تعدّدت مع بنت صليّة واحدة، حيث تأخذ البنت الصّلبية النّصف، والسّدس يبقى لبنت الابن إذا انفردت أو تعدّدت، وذلك أنّ نصيب الإناث لا يزيد عن الثّلثين، وتضمّن قانون الأسرة حالة ميراث بنت الابن بالتّعصيب مع ابن الابن من خلال الفقرة الثانية من المادة 155 التي نصّت على: "بنت الإبن مع أخيها، أو ابن عمّها المُساوي لها في الدّرجة أو ابن عمّها الأسفل درجة بشرط أن لا ترث بالفرض".

د- التّعصيب.

ترث بنت الابن بالتّعصيب إذا انعدم الحاجب وهو الابن الصّلي، ووجد معها ابن الابن المُساوي لها في الدّرجة سواء كان أبا لها أو ابن عمّ، وأدرج المشرّع الجزائري استحقاق بنت الابن للسّدس بموجب قانون الأسرة من خلال المادة 149 المحدّدة لأصحاب السّدس ولا سيما الفقرة الخامسة التي نصّت على: "بنت الإبن ولو تعدّدت بشرط أن تكون مع بنت واحدة وأن لا يكون معها ابن في درجتها".

هـ- السّقوط.

تسقط بنت الابن ولا ترث شيئًا إذا انعدم الحاجب وتعدّدت البنات الصّليّيات أي كنّ أكثر من واحدة، وعرض المشرّع الجزائري حالة سقوط بنت الابن من خلال المادة 163 من قانون الأسرة الموضّحة لحجب الإسقاط "يحجب كل من الإبن وابن الإبن وإن نزل، بنت الإبن التي تكون أنزل منه درجة ويحجبها أيضًا بنتان أو بنتا إبن أعلى منها درجة مالم يكن معها من يعصّبها".

و- الحجب.

تحجب بنت الابن إذا كان معها الابن الصّلي الحقيقي لأنّه مُقدّم عليها سواء كان أبا لها لأنّها أدلت به أو عمّا لها، وكما يحجبها ابن الابن الأقرب منها في الدّرجة، وعالج المشرّع الجزائري حالة حجب بنت الابن من

خلال نصّ المادة 163 من قانون الأسرة التي شملت الحجب بنصّها على: "يحجب كل من الإبن وابن الإبن وإن نزل، بنت الإبن التي تكون أنزل منه درجة...".

ثالثا: الأحوال الميراثية للمرأة كحاشية للمورث.

ترث المرأة القريبة إذا كانت من حواشي المورث وفق حالات مضبوطة، بموجب نصوص شرعية وقانونية مستمدة من أحكام الشريعة، وفي هذا النطاق سيتم التطرق إلى الأحوال الميراثية للأخوات المتفرقات؛ أي الأخت الشقيقة، الأخت لأب والأخت لأم.

1-أنصبة ميراث الأخت الشقيقة.

يمكن أن ترث الأخت الشقيقة وفقا لإحدى الحالات التالية:

أ- النصف.

ترث الأخت الشقيقة النصف إذا انعدم من يحجبها كالأب أو الابن أو ابن الابن، وانعدم من تتعصّب به وهو الأخ الشقيق، وتضمّن المشرع حالة استحقاق الأخت الشقيقة بموجب قانون الأسرة الجزائري ضمن المادة 144 المحددة لمستحقي النصف ولاسيما الفقرة الرابعة بنصّها على: "الأخت الشقيقة بشرط انفرادها، وعدم وجود الشقيق والأب، وولد الصلب، وولد الإبن ذكرا أو أنثى، وعدم الجدّ الذي يعصّبها".

ب- الثلثان.

يُمكن للأخوات الشقيقات أن ترثن الثلثين إذا انعدم من يحجبهنّ، وانعدم المعصّب وهو الأخ الشقيق، بالإضافة إلى تعدّدهن أي كنّ أكثر من واحدة ، ونصّ قانون الأسرة الجزائري على استحقاق الأخوات الشقيقات للثلثين من خلال المادة 147 من قانون الأسرة التي حدّدت أصحاب الثلثين ولاسيما الفقرة الثالثة بنصّها على: "الشقيقتان فأكثر بشرط عدم وجود الشقيق الذّكر، أو الأب، أو ولد الصلب".

ج- التعصيب بالغير.

ترث الأخت الشقيقة بالتعصيب إذا انعدم الحاجب وكان معها أخ شقيق أو أكثر طبقا لقاعدة للذكر حظّ الأنثيين، وتضمّن قانون الأسرة الجزائري حالة التعصيب بين الأخت الشقيقة والأخ الشقيق وفقا للمادة 155 التي أجملت حالات العاصب بغيره، وخصّصت الفقرة الثالثة لهذه الحالة بنصّها على: "الأخت الشقيقة مع أخيها الشقيق".

د- التعصيب مع الغير.

تضمّن المشرع الجزائري حالة تعصيب الأخت الشقيقة مع الفرع المؤنث الوارث من خلال المادة 156 من قانون الأسرة الجزائري على العاصب مع الغير "العاصب مع غيره :الأخت الشقيقة، أو لأب تعدّدت عند وجود واحد فأكثر من بنات الصلب، أو بنات الإبن بشرط عدم وجود الأخ المساوي لها في الدّرجة، أو الجدّ".

هـ- الحجب.

تحجب الأخت الشقيقة إما بوجود الفرع الواث المذكّر كالابن أو ابن الابن وإن نزل، أو مع وجود الأب، وأشار المشرع الجزائري لحجب الأخت الشقيقة من خلال المادة 164 من قانون الأسرة الجزائري: "يحجب كل من الأب، والإبن وإن نزل، الأخت الشقيقة..."

2- أنصبة ميراث الأخت لأب.

ترث الأخت لأب وفق إحدى الحالات التالية:

أ- النصف.

ترث الأخت لأب النصف في حالة ما انعدم من يحجبها ويقصد بذلك الأب والفرع الواث المذكّر والأخ الشقيق وتعصّب الأخت الشقيقة مع الفرع الواث المؤنث، وانعدام الفرع الواث المؤنث، وانعدام المعصّب المقابل لها في الدرجة (الأخ لأب) وانعدام الأخت الشقيقة وانفرادها، وقد نصّ المشرع الجزائري على استحقاق الأخت لأب للنصف من خلال المادة 144 المبيّنة لمستحقي النصف من الورثة وذلك في الفقرة الخامسة: "الأخت لأب بشرط انفرادها وعدم الأخ والأخت لأب وعدم من ذكر في الشقيقة".

ب- الثلثان.

ترث الأخوات لأب الثلثين إذا انعدم من يحجبها ويقصد بذلك الأب والفرع الواث المذكّر والأخ الشقيق وتعصّب الأخت الشقيقة مع الفرع الواث المؤنث، وانعدام الفرع الواث المؤنث، وانعدام المعصّب المقابل لها في الدرجة (الأخ لأب) وانعدام الأخت الشقيقة وتعدّدهن أي كنّ اثنتين فأكثر، وتطرق قانون الأسرة الجزائري لحالة استحقاق الأخت لأب في الفقرة الرابعة من المادة 147: "الأختان لأب فأكثر بشرط عدم وجود الأخ لأب، ومن ذكر في الشقيقتين".

ج- السدس.

ترث الأخت لأب السدس وذلك في حالة ما انعدم الذين يحجبونها ويقصد بهم الأب أو الفرع الواث المذكّر أو الأخ الشقيق أو تعصّب الأخت الشقيقة مع الفرع الواث المؤنث، وانعدام الفرع الواث المؤنث، وانعدام المعصّب المقابل لها في الدرجة (الأخ لأب) ووجود أخت شقيقة منفردة، فتأخذ الأخت لأب السدس تكملة للثلثين، ونصّ قانون الأسرة الجزائري على ذلك في الفقرة السادسة من المادة 149: "الأخت لأب ولو تعدّدت بشرط أن تكون مع شقيقة واحدة، وانفرادها عن الأخ للأب، والأب والولد ذكرا كان أو أنثى".

د- التعصيب بالغير.

يمكن للأخت لأب أن ترث بالتعصيب بالغير إذا انعدم الذين يحجبونها ووجد الأخ للأب المقابل لها في الدرجة، وعالج المشرع حالة التعصيب بالغير للأخت لأب من خلال المادة 155 من قانون الأسرة الجزائري المتضمنة للعاصب بغيره ولا سيما في الفقرة الرابعة: "الأخت لأب مع أخيها لأب".

هـ- التّعصيب مع الغير.

تتعصّب الأخت لأب مع الغير في حالة انعدام الذين يحجبونها، والسّابق الإشارة إليهم أعلاه، وانعدام المعصّب الذّكرأيضا، وانعدام الجدّ، وانعدام الأخت الشّقيقة مطلقا، ووجود الفرع المؤنّث الوارث كالبنت أو بنت الابن وإن نزلن، فتأخذ البنات نصيبهنّ فرضا والباقي للأخت لأب تعصّبا مع الغير فمثلا كمثل الأخت الشّقيقة، وأشار قانون الأسرة الجزائري إلى هذه الحالة في المادة 156: "العاصب مع غيره: الأخت الشّقيقة أو لأب تعدّدت عند وجود واحد فأكثر من بنات الصلب، أو بنات الابن بشرط عدم وجود الأخ المساوي لها في الدّرجة أو الجدّ".

و- الحجب.

تحجب الأخت لأب بما تحجب به الأخت الشّقيقة، من وجود الفرع الوارث (الابن أو ابن الابن مهما نزل) وبالأب. وتزيد الأخت لأب بحجها: بالأخ الشّقيق، وبالشّقيقتين فأكثر، وتضمّن المشرّع الجزائري حالة حجب الأخت لأب بموجب المادة 164 من قانون الأسرة التي نصّت على: "...ويحجب الأخت لأب كلّ من الأب، والابن، وابن الابن وإن نزل، والأخ الشّقيق والأخت الشّقيقة إذا كانت عصبة مع غيرها، والأختين الشّقيقتين، إذا لم يوجد أخ للأب".

ز- السّقوط .

تتحقّق هذه الحالة إذا ما انعدم من يحجب الأخت لأب، وانعدم المعصّب الذّكر (الأخ لأب)، وتعدّدت الأخوات الشّقيقات فيستفردن بالثلّثين ولا يبقى للأخت لأب شيء فتسقط بتعدّدهن، وذلك قياسا على حال بنت الابن مع البنات الصّلبيات، وقد دمج قانون الأسرة الجزائري حالي الحجب والسّقوط في المادة 164 بنصّها على: "...ويحجب الأخت لأب كلّ من الأب، والابن، وابن الابن وإن نزل، والأخ الشّقيق والأخت الشّقيقة إذا كانت عصبة مع غيرها، والأختين الشّقيقتين، إذا لم يوجد أخ للأب".

3-أنصبة ميراث الأخت لأم.

يمكن أن ترث الأخت لأم وفق إحدى الحالات التّالية:

أ- السّدس.

ترث الأخت أو الأخ لأم السّدس إذا انعدم الحاجب وهو الفرع الوارث مطلقا أو الأصل المذكّر ولا سيما الجدّ والانفراد، وتضمّن قانون الأسرة الجزائري حالة ميراث الأخت لأم للسّدس في المادة 149 المبيّنة لأصحاب السّدس، في فقرتها السابعة: "الأخ للأم بشرط أن يكون منفردا ذكرا كان أو أنثى، وعدم وجود الأصل والفرع الوارث".

ب- الثّلث.

يمكن للأخوات لأم ميراث في حال انعدام الحاجب وهو الفرع الوارث مطلقا أو الأصل المذكّر الوارث، والتعدّد ويستوي في ذلك كونهم ذكورا وإناثا، ونصّ المشرّع الجزائري على استحقاق الأخوات لأم للثّلث في إطار

قانون الأسرة لا سيما المادة 148 التي حدّدت أصحاب الثلث وبالتحديد في فقرتها الثانية "الإخوة لأم بشرط إنفرادهم عن الأب، والجَدّ للأب، وولد الصّلب وولد الابن ذكرا كان أو أنثى".

ج- الحجب.

تحجب الأخت لأم والإخوة لأب إذا وجد معهم الفرع الوارث المذكراً والمؤنث المباشر أو غير المباشر، ويحجبون بالجَدّ لأب وإن علا، فهم يحجبون بالابن والبنت وابن الابن وبنت الابن والأب والجَد، وبالرجوع إلى المشرع الجزائري فإنّه وبمفحص المعنى العام للمادة 148 من قانون الأسرة ولا سيما فقرتها الثانية المحددة لحالة استحقاق الأخوات لأم الثلث فإنّ ذلك يمثل نفس الإطار المحدد لمن يحجبها وهم الواردون في سياق نفس المادة.

الفرع الثاني: الأحوال الميراثية للرجال.

يستفيد الرجل القريب بسبب رابطة القرابة شأنه في ذلك شأن المرأة، ولكن نصيبه يختلف بعض الشيء عن نصيبها حيث يمكن أن يرث بطريق الفرض أو بالتعصيب أو بهما معا، وأيضا وفق حالات أخرى وهو ما يمكن التفصيل فيه كما يلي:

أولاً: الأحوال الميراثية للرجال بطريق الفرض والتعصيب.

يرث الرجل مورثه بسبب القرابة التي هي إحدى أسباب الإرث فضلا عن الزوجية بطريق الفرض والتعصيب معا، باستثناء الأخ لأم الذي يرث بالفرض ولا يخرج نصيبه عن السدس أو الثلث، ويرث الذكر مثل نصيب الأنثى، بينما يرث الجَدّ والأب بالفرض تارة وبالتعصيب تارة أخرى، وهو ما سيتم طرحه ومعالجته وفقا لما يلي:

1-أنصبة ميراث الجَدّ.

يمكن أن يرث الجَدّ وفق لحالتيه وفق تفاصيل دقيقة كما يلي:

أ- الحالة الأولى: عند عدم وجود الأب وعدم الإخوة الأشقاء أو للأب.

يرث الجَدّ إذا انعدم الأب والإخوة الأشقاء أو لأب طبقا لحالات الأب والتي هي كما يلي:

- السدس.

يمكن للجَدّ أن يرث السدس فرضا فقط وذلك عند وجود الفرع الوارث المذكّر كالابن وابن الابن وإن نزل، ودليل ذلك هو قوله تعالى: ﴿...وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ...﴾⁽¹⁾.

وتضمّن المشرع الجزائري حالة ميراث الجَدّ للسدس بموجب المادة 149 المحددة لأصحاب السدس ولا

سيما فقرتها الثالثة بنصّها على: "الجَدّ للأب عند وجود الولد، أو ولد الابن، وعند عدم الأب".

- السدس فرضا والباقي تعصيبا.

يرث الجدّ السدس فرضا والباقي تعصيبا إذا كان للمتوفى بنت أو بنت ابن، فيأخذ الجدّ السدس فرضاً، والباقي تعصيباً، ودليل ذلك هو قوله تعالى: ﴿...وَلَأَبْوَنِهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ...﴾⁽¹⁾، فيكون صاحب فرض مع الفرع الوارث المؤنث وهو السدس مع زيادة الباقي تعصيباً⁽²⁾.

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري يمكن التّديل على حالة ميراث الجدّ للسدس والباقي تعصيبا من خلال الفقرة الثالثة للمادة 149 التي نصّت على: "الجدّ للأب عند وجود الولد، أو ولد الابن، وعند عدم الأب"، وأيضا من خلال المادة 153 التي حدّدت جهات العصبة بالنفس ولا سيما جهة الأبوة بنصّها على: "جهة الأبوة وتشمل الأب والجدّ الصّحيح مهما علا مع مراعاة أحوال الجدّ".

- التّعصيب.

يرث الجدّ بالتّعصيب إذا لم يكن للمورث فرع وارث، فيأخذ كلّ المال أو الباقي منه بعد أصحاب الفروض، ودليل ذلك هو قوله تعالى: ﴿...فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ...﴾⁽³⁾، فبيّنت الآية نصيب الأم وهو الثلث وأطلقت نصيب الأب فدلت على أنّه تعصيب⁽⁴⁾.

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري يمكن التّديل على حالة ميراث الجدّ تعصيبا من خلال المادة 153 التي حدّدت جهات العصبة بالنفس ولا سيما جهة الأبوة بنصّها على: "جهة الأبوة وتشمل الأب والجدّ الصّحيح مهما علا مع مراعاة أحوال الجدّ".

ب- الحالة الثانية: عند عدم وجود الأب ووجود الإخوة الأشقاء أو للأب.

تتحقق هذه الحالة عند انعدام الأب، ووجود عدد من الإخوة الأشقاء أو لأب، أمّا الإخوة لأم فيحجبهم الجدّ، كما أنّ ميراث الجدّ مع الإخوة يتطلّب كون صاحبه وارثا بالتّعصيب، على أساس أنّ المُقاسمة تقتضي ذلك، والإخوة لأم ميراثهم لا يخرج عن السدس أو الثلث⁽⁵⁾.

وقد جعل المشرّع الجزائري الجدّ يرث مع الإخوة الأشقاء أو لأب، ولا يحجبهم وذلك بموجب المادة 158 من قانون الأسرة التي نصّت على: "إذا اجتمع الجدّ العاصب مع الإخوة الأشقاء، أو مع الإخوة لأب ذكورا أو إناثا فله الأفضل من ثلث جميع المال أو المُقاسمة. وإذا اجتمع مع الإخوة ذوي الفروض فله الأفضل من: 1- سدس جميع المال، 2- أو ثلث ما بقي ما بعد ذوي الفروض، 3- أو مُقاسمة الإخوة كذكر منهم".

وفقا لهذا النصّ القانوني يتّضح جليا أنّ ميراث الجدّ مع الإخوة والأخوات الأشقاء لأب له صورتان هما:

(1) سورة النساء. الآية 11.

(2) محمد محده . التركات والمواريث دراسة مدعّمة بالقرارات والأحكام القضائية. ص 182.

(3) سورة النساء. الآية 11.

(4) محمد محده . المرجع السابق. ص 122.

(5) الباجي. المنتقى. ص 236.

- الصّورة الأولى: حالة وجود الجدّ مع الإخوة الأشقاء أو لأب وانعدام أصحاب الفروض.

يمكن للجدّ أن يكون مع الإخوة الأشقاء أو لأب، وليس معهم صاحب فرض، فيكون للجدّ الأفضل من بين المُقاسمة أو ثلث المال؛ ففي حالة المُقاسمة يُعتبر الجدّ بمثابة الأخ، فيأخذ نصيب الأخ الشقيق ويأخذ ضعف نصيب الأخت الشقيقة، أمّا إذا كانت المُقاسمة تضرّ فإنّه ينال ثلث المال، فيرث الجدّ ثلث المال ويكون خيرا له في ماعدا الصّور السّابقة، ومثال ذلك من مات وترك جدّا وثلاثة إخوة فأكثر، أو جدّا وخمس أخوات وأكثر، أو جدّا وأخوين وأختين فأكثر، فيأخذ الجدّ ثلث المال ويقسم الباقي بين الإخوة للذكر حظّ الأنثيين، لأنّه لو ورث بالمُقاسمة سوف يتضرّر وينقص نصيبه عن الثلث⁽¹⁾.

الملاحظ في هذه الحالات أنّه يراعى في القسمة عدد الرّؤوس، وأقصاها أربعة رؤوس بما في ذلك رأس الجدّ، فإذا زادت عن هذا العدد أصبح الثلث أحسن للجد.

في هذه الصّورة يرث الجدّ مع الإخوة دون أصحاب الفروض، وفقا لقاعدة المثلية والتي يراد بها مثلي الجدّ أو ضعفه من الإخوة الأشقاء أو لأب، أو مختلطين، فإذا كان الجدّ مع أقلّ من مثليه كانت المُقاسمة أحسن له ويستبعد الثلث، وإذا وجد مع أزيد من مثليه كان الثلث أحسن له وتُسبّعد المُقاسمة، وإذا كان مع مثليه تساوى الثلث مع المُقاسمة⁽²⁾.

- الصّورة الثانية: حالة وجود الجدّ مع الإخوة الأشقاء أو لأب ووجود أصحاب الفروض.

يمكن للجدّ أن يرث مع وجود الإخوة بالإضافة إلى أصحاب الفروض وفي هذه الصّورة يكون الجدّ مخيرا بين سدس المال أو ثلث الباقي أو المُقاسمة، وهو ماتضمّنته الفقرة الثانية من المادة 158 من قانون الأسرة الجزائري بنصّها على: "...وإذا اجتمع مع الإخوة ذوي الفروض فله الأفضل من: 1- سدس جميع المال، 2- أو ثلث ما بقي ما بعد ذوي الفروض، 3- أو مقاسمة الإخوة كذكر منهم".

تجدرا الإشارة إلى أنّ الإخوة لأب لا يعتبرون في المُقاسمة إذا كانوا محجوبين بالإخوة الأشقاء، وذلك بمراعاة المواد من 159 إلى 165 من قانون الأسرة الجزائري، ويحجب الجدّ الإخوة لأم وفقا للفقرة الثانية من المادة 148، كما ويحجب أولاد الأخ وفقا للمادة 162.

كما أنّ المُقاسمة تقتضي أن يرث الجد مع الإخوة الأشقاء أو لأب بالسّوية، كواحد منهم، فإن كان مع الذّكور تمّت المُقاسمة وفقا لعدد الرّؤوس، وإذا كان مع الإناث ورث معهنّ للذكر حظّ الأنثيين⁽³⁾.

ويمكن أن يكون الجدّ طرفا في الميراث من خلال المسألة الأكدرية، وقيل إنّما سمّيت هكذا لتكديرها أصول زيد في الجدّ، فإنّه أعالها ولا عول عنده في مسائل الجدّ، وفرض للأخت معه ولا يفرض لأخت مع جدّ،

(1) محمد علي الصّابوني. المواريث في الشريعة الإسلامية في ضوء الكتاب والسنة. ص 100...102.

(2) محمد محده . التركات والمواريث دراسة مدعّمة بالقرارات والأحكام القضائية. ص 162.

(3) العربي بلحاج . أحكام التركات والمواريث على ضوء قانون الأسرة الجديد . ص 186.

وجمع سهامه وسهامها فقسهما بينهما، ولا نظير لذلك، وقيل سميت الأكدرية لأنّ عبد الملك بن مروان سأل عنها رجلا اسمه الأكدرفأففى فيها على مذهب زيد وأخطأ فيها فنسبت إليه⁽¹⁾.

وتتحقق المسألة الأكدرية في أن تتوفى امرأة عن زوج، وأم، وجد، وأخت شقيقة أو لأب، وبها يُلغز ويُقال أَرْبَعَةٌ وَرَثُوا مَيْتَةً وَأَخَذَ أَحَدُهُمْ ثُلْثَ الْمَالِ وَأَنْصَرَفَ وَأَخَذَ الثَّانِي ثُلْثَ مَا بَقِيَ وَأَنْصَرَفَ وَأَخَذَ الثَّالِثُ ثُلْثَ مَا بَقِيَ وَأَنْصَرَفَ وَأَخَذَ الرَّابِعُ مَا بَقِيَ⁽²⁾.

بالرجوع إلى المشرع الجزائري بشأن المسألة الأكدرية، فإنّه أخذ بمقاسمة الأخت الشقيقة للجد، فتأخذ نصف ما يأخذ وفقا للمادة 175 من قانون الأسرة الجزائري: "لا يفرض للأخت مع الجد في مسألة إلا في الأكدرية وهي: زوج، والأم، وأخت شقيقة أو لأب، وجد، فيضم الجد ما حسب له إلى ما حسب لها ويقسمان للذكر مثل حظ الأنثيين، أصلها من ستة، وتعمل إلى تسعة وتصبح من سبعة وعشرين، للزوج تسعة وللأم ستة، وللأخت أربعة، وللجد ثمانية".

كما قد يحدث أن يتواجد الجد مع الإخوة الأشقاء أو الأخوات، وأيضا الإخوة لأب أو الأخوات، فإنّ بني العلات (الإخوة والأخوات لأب) يشتركون في القسمة مع بني الأعيان (الأشقاء)، إضراراً للجد، أي يعدّون عليه مع الأشقاء، فإذا أخذ الجد نصيبه، فبنو العلات لا شيء لهم، والباقي بعد نصيب الجد لبني الأعيان، يتقاسمونه بينهم، للذكر مثل حظ الأنثيين، وهذه هي المعادة⁽³⁾؛ لأنه عادّ الجد بالأخ لأب، ثم أخذ منه ما حصل له، ففي جدّ وأخ شقيق وأخ لأب، يحسب الأخ لأب في العدّ على الجد، لينتقص الجد عن المقاسمة إلى ثلث المال، وبعد أن يأخذ الجد الثلث، يعود الشقيق على الأخ لأب، فيأخذ ما بيده، لحجبه إياه⁽⁴⁾.

ويتربّط عليها، أن لا شيء للإخوة لأب ذكورا أو إناثا مع الإخوة الأشقاء، الذكور وحدهم أومع الإناث، لأنّ الأخ الشقيق يحجب الأخ لأب، ومع الأختين الشقيقتين فأكثر دون الذكور معهما، فلا شيء للذكور من الإخوة لأب كذلك إذا كان نصيب الأختين الشقيقتين مساويا للثلاثين أو أقل، لأنّه لا يمكن لهما المطالبة بما ثبت لهما فرضا وهو الثلثان، أمّا الأخوات لأب فلا ترث شيئا مع الأخت الشقيقة منفردة أو متعدّدة، لأنّها بمقاسمة الجد أصبحت عاصبة لغيرها.

ويبقى للإخوة لأب شيء في المعادة مع الأخت الشقيقة الواحدة، حيث أنّها تعاد الجدّ بالإخوة لأب حتى يبقى ما يسع نصفها الفرضي، ويتغيّر الوضع مع صاحبات السدس فرضا كالأم⁽⁵⁾.

(1) ابن قدامة، المغني . ج 7 ص 76.

(2) الدسوقي . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير . ج 4 ص 465.

(3) كما وقيل أنّ المعادة جاءت من المعادات للجدّ، لأنّه كان له التخيير في جميع الأحوال مع الإخوة، فصارت العداوة بعد الشقيق الإخوة لأب ليضرّ بهم الجدّ ويمنعوه من كثرة الميراث. (أنظر: محمد محده . التركات والمواريث دراسة مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية. ص 174).

(4) وهبة الزحيلي . الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 424 .

(5) محمد العمراني . الميراث في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة. ص 97...99.

2-أنصبة ميراث الأب.

يمكن للأب أن يرث وفقا لإحدى الحالات التالية:

أ- السّددس.

يرث السّددس إذا كان للمورث فرع وارث مذكر مباشر كالابن أوغير مباشركالبن الابن، حيث ينقل هذا الفرع المذكّر الوارث الأب من الميراث بالتّعصيب إلى الميراث بالفرض، وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري فقد تضمّن الإشارة إلى حالة ميراث الأب للسّددس في إطار المادة 149 التي حصرت أصحاب السّددس ولا سيما الأب بنصّها على: "الأب بشرط وجود الولد، أو ولد الإبن ذكرا كان أو أنثى".

ب- التّعصيب فقط.

يرث الأب بالتّعصيب فقط إذا لم يوجد الفرع الوارث مطلقا ذكرا كان أو أنثى، فيرث الباقي بعد أخذ أصحاب الفروض نصيبهم، وبالرجوع إلى قانون الأسرة فإنّ المادة 153 نصّت على العصبات ولا سيما من جهة الأبوة: "جهة الأبوة وتشمل الأب والجّد الصّحيح مهما علا مع مراعاة أحوال الجد".

ج- السّددس زائد الباقي تعصيبا.

يرث الأب السّددس بالإضافة إلى الباقي تعصيبا عند وجود الفرع المؤنث الوارث كأن يكون للمورث بنت أو بنت ابن، وبالرجوع إلى المشرّع الجزائري فإنّه وبالتّوليف بين المادة الموجبة للسّددس(149) ومادة التّعصيب(153) يمكن استنتاج حالة ميراث الأب للسّددس والباقي تعصيبا.

عمدت إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضدّ المرأة، إلى الإشارة ضمّنيا إلى فكرة كانت محلّ جدل واسع تتعلّق بالمساواة بين الرّجل والمرأة في الميراث، وهو ما يتنافى مع القاعدة الجوهرية المعمول بها في الشريعة الإسلامية، والقاضية بأنّ الذّكر ينال نصيب الأنثيين، حيث تضمّنت المادة 13 منها النصّ على استحقاق نفس الاستحقاقات الأسرية مع الرّجل، وكذلك نفس الحقوق الشّخصية بنفس القدر مع الرّجل وفقا للمادة 16.

لقد أعطى الإسلام المرأة حقّها في ميراث قريبها باختلاف درجة قرابتها، وهو ما يدلّ على أنّ الإسلام قد زاد من رفعتها وحقق لها الاستقلال المالي ممّا تحصله بسبب ميراثها رفعة من شأنها، فالفطرة تقتضي بأنّ ينفق الرّجل على المرأة، فالابن سوف يتزوج ويأتي بزوجة يُعيلها، والبنت ستزوّج برجل يعولها، وعلى هذا الأساس وبالرغم من أخذ البنت نصف نصيب الابن إلّا أنّها تبقى متميّزة في الميراث من النّاحية العملية، من خلال احتفاظها بنصيبها وفق ذمّتها المالية المستقلّة دون أن تكون مكلفة بالإنفاق، فلها حقّ التملّك كما الرّجل من عقارات ومنقولات، وتصرّف في هذه الأملاك بحريّة، وهو ما تفتقده المرأة الغربية التي تتحمّل نصيبا من المسؤولية المالية شأنها شأن الرّجل⁽¹⁾.

(1) تيسير فتوح حجة . حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية دراسة مقارنة . ص 124.

الفرع الثالث: ميراث الأقارب وفق المسائل الخاصة.

تطرق المشرع الجزائري في إطار الميراث لبعض المسائل الخاصة التي يمكن أن يكون أحد الأقارب طرفا فيها، وبالرغم من أن المسائل الخاصة عديدة في الفقه الاسلامي، إلا أن قانون الأسرة الجزائري تضمن بعضها فقط وهو ما سيتم معالجته كما يلي:

أولا: مسألة المشتركة.

عُرفت المسألة المشتركة في عهد سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فلما عُرضت عليه مرتين أفتى في كل مرة بإفتاء مُغاير⁽¹⁾.

سميت هذه المسألة بالمشتركة لاشتراك الإخوة الأشقاء مع الإخوة لأم في الثلث⁽²⁾، وتكون ممثلة في من تموت عن: زوج، وأم أو جدة وإخوة لأم وإخوة أشقاء.

رُفعت إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فأراد أن يحكم بإسقاط الإخوة الأشقاء⁽³⁾، فقال عمر في المرة الأولى: "للإخوة لأم الثلث، وللزوج النصف، وللأم السدس"، وسقط الأخ والأخت من الأب والأم، والأخ والأخت من الأب، وروي ذلك عن علي وابن مسعود وأبي موسى والشعبي وشريك ويحيى بن آدم، وبه قال أحمد بن حنبل وأبو حنيفة⁽⁴⁾، واختاره ابن المنذر؛ لأن الزوج والأم والأخوين للأم أصحاب فرائض مسماة ولم يبق للعصبة شيء.

وقال قوم: "الأم واحدة، وهب أن أباهم كان حمارا، وأشركوا بينهم في الثلث"؛ ولهذا سميت المشتركة والحمارية، وروي هذا عن عمر (وهو رأي في المرة الثانية)، وعثمان وابن مسعود أيضا وزيد بن ثابت ومسروق وشريح، وبه قال مالك والشافعي وإسحاق⁽⁵⁾، فقال واحد منهم هب أن أبانا كان حمارا أو حجرا⁽⁶⁾.
أليست الأم لنا واحدة فحكم بالثلث لجميعهم بالسواء الأشقاء والذين للأم حظ الأنثى منه كحظ الذكر⁽⁷⁾.

(1) محمد محده . التركات والموارث دراسة مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية. ص 148.

(2) مسعود الهلالي . أحكام التركات والموارث في قانون الأسرة الجزائري . ص 209.

(3) الأزهرى . الثمر الداني في تقريب المعاني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني . ص 638.

(4) بن جزي . القوانين الفقهية. ص 580.

(5) القرطبي. الجامع لأحكام القرآن . ج 5 ص 79.

(6) أطلقت على هذه المسألة عدة أسماء:

* الحمارية: لقول الإخوة الأشقاء لعمر بن الخطاب رضي الله عنه عندما أراد حرمانهم من الإرث: هب أن أبانا كان حمارا، ألسنا أبناء أم واحدة؛

* اليمية أو الحجرية: لأن الإخوة الأشقاء قالوا: هب أن أبانا حجرا في اليم ألسنا أبناء أم واحدة؛

* العمرية: نسبة إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه الذي أشرك الإخوة الأشقاء مع الإخوة لأم في الثلث. (أنظر:

مسعود الهلالي. أحكام التركات والموارث في قانون الأسرة الجزائري . ص 209).

(7) الأزهرى . الثمر الداني في تقريب المعاني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني . ص 638.

على هذا الأساس كانت المسألة المشتركة محلّ اختلاف بين الفقهاء في اتّجاهين على التّفصيل التّالي:

1-القضاء الأول:(حرمان الإخوة والأخوات الأشقاء من الميراث).

ويتّفق ذلك مع رأي علي كرم الله وجهه، وابن عبّاس وابن مسعود وبهذا الرّأي أخذ أبو حنيفة وأحمد بن حنبل⁽¹⁾، واستدلّوا بما يلي:

أ- قوله تعالى: ﴿... وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتُ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ ...﴾⁽²⁾ والمقصود من هذه الآية هم الإخوة لأم⁽³⁾.

ب- قوله ﷺ: "ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلأولى رجل ذكر"⁽⁴⁾، ما يعني أنّ أصحاب الفروض هم الأولى بالأنصبة، فإذا بقي شيء ناله أصحاب العصبات، وهو مثال الإخوة لأم والإخوة الأشقاء، فلا يبقى للأخ الشقيق شيء حتى لو تعصّب بأخته الشقيقة.

ج- أنّ الأخ لأم قد يرث في حالات معيّنة أكثر من الأخ الشقيق، لا سيما إذا تعدّد الإخوة الأشقاء (10 مثلا وانفرد الأخ لأم)، فلا ضرر إذن أن يحرموا من الميراث ويرث هو⁽⁵⁾.

2-القضاء الثاني: (إشتراك الإخوة الأشقاء مع الإخوة لأم في الثلث بالتساوي).

أخذ بهذا الرّأي عدد من الصّحابة وهو ما سار عليه مالك والشافعي⁽⁶⁾، وأخذ به عمر بن الخطّاب في المرّة الثّانية من عرض المسألة عليه، إذ شرك الإخوة الأشقاء مع الإخوة لأم في الثلث الذي يستحقّه الإخوة لأم للذكر مثل حظ الأنثى، ويشترط أن يكون الأشقاء ذكورا أو مع إناث، فلو انفرد الإناث فرض لهن للواحدة النّصف وللثنتين فصاعدا الثلثان، وأن يكونوا أشقاء فلو كانوا لأب لم يرثوا شيئا، لعدم المشاركة في الأم، وروي أنّه قضى بها مرة فلم يشرك، ثم قضى في العام الثّاني فشرك ف قيل إنك أسقطته في العام الماضي، فقال ذاك على ما قضينا وهذا على ما نقضي، ويستدلّ أصحاب هذا الإتّجاه بما يلي:

أ- أنّ الإخوة الأشقاء يشاركون الإخوة لأم في سبب الميراث، وهو الإدلاء بواسطة الأم، وباشتراكهم في السّبب يشتركون في الميراث⁽⁷⁾.

(1) السرخسي. المبسوط . ج 29 ص 155؛ ابن قدامة . المغني ج 7 ص 22.

(2) سورة النساء. الآية 12

(3) محمد محده . التركات والمواريث دراسة مدعّمة بالقرارات والأحكام القضائية. ص 148.

(4) سبق تخريجه.

(5) نبيل كمال الدين طاحون. أحكام المواريث في الشريعة الإسلامية. مكتبة الخدمات الحديثة، جدة السّعودية، 1984. ص 91.

(6) القرافي. الذخيرة . ج 13 ص 44؛ الشربيني. مغني المحتاج. ج 3 ص 18.

(7) القرطبي. الجامع لأحكام القرآن . ج 5 ص 79 .

ب- تنبني أسس الميراث على تقديم الأقوى على الأضعف، ولا يمكن تصوّر سقوط من أدلى بجهتين مع من يدلي بجهة واحدة، فالإخوة الأشقاء هم إخوة لأب ولأم، وهم أيضا عصباء، فإذا زال هذا الاعتبار أي التعصيب بقي لهم اعتبار الإدلاء بالأم⁽¹⁾.

بالرجوع إلى أدلة الفريقين، يتّضح مدى راحة رأي الفريق المُشرك للإخوة لأشقاء مع الإخوة لأم، لأنّ المنطق في الميراث يقضي بعدم استبعاد الأقوى في القرابة، ولو كان يرث بالتعصيب مع من يُدلي بقرابة أقلّ قوّة ولو كان يرث بالفرض.

بالرجوع إلى المشرّع الجزائري فإنّه نصّ على المسألة المشتركة في صلب قانون الأسرة، وذهب إلى توريث الإخوة الأشقاء وإشراكهم مع الإخوة لأم⁽²⁾، وذلك بموجب المادة 176 التي نصّت على: "يأخذ الذّكر من الإخوة كالأنثى في المشتركة وهي: زوج وأم أو جدّة وإخوة لأم وإخوة أشقاء، فيشتركان في الثلث الإخوة للأم والإخوة الأشقاء الذّكور والإناث في ذلك سواء على عدد رؤوسهم لأنّ جميعهم من أمّ واحدة".

فبتفصيل حلّ هذه المسألة، يأخذ الزّوج النّصف لعدم وجود الفرع الوارث، وتأخذ الأمّ السّدس لتعدّد الإخوة، ويأخذ الإخوة لأمّ الثلث، والباقي بالتعصيب بين الإخوة الأشقاء، وبعد توزيع الأسهم لا يبقى لهم شيء، وهم إخوة وأخوات المورث من أبويه ويرثون بالتعصيب ولم يبق لهم شيء، بينما الإخوة لأمّ هم إخوته من جهة أمّه فقط ومع ذلك يرثون بالفرض، وهو حكم أمير المؤمنين عمر بن الخطّاب في أول مرّة لدى فصله في هذه المسألة؛ ثمّ عاد وأشرك الإخوة الأشقاء مع الإخوة لأمّ في الثلث، وبنال الذّكر نصيب الأنثى في استثناء للقاعدة العامة للميراث أنّ للذّكر حظّ الأنثيين.

ثانيا: مسألة المباهلة.

تتحقّق المسألة في زوج وشقيقتان، وأم، فيكون للزوج النصف (3)، وللشقيقتين الثلثان (4)، وللأمّ السّدس (1)، المسألة من (6)، وتعول إلى (8)، وهي أول مسألة عالت في الإسلام.

وعالج المشرّع الجزائري هذه المسألة في نطاق المادة 178 من قانون الأسرة، بنصّها على: "إذا اجتمع زوج، وأم، وأخت شقيقة أو الأب كان للزوج النّصف، وللأخت النّصف وللأمّ الثلث أصلها من ستّة وتعول إلى ثمانية للزوج ثلاثة، وللأخت ثلاثة وللأم اثنتان".

(1) محمد أبو زهرة . أحكام التّركات والموارث. ص 125 .

(2) يشترط في المسألة المشتركة شروط يمكن حوصلتها فيما يلي: أ- أن يكون في المسألة زوج لأنّه صاحب نصف، لأنّه لو كانت زوجة لأخذت الرّبع وبالتالي يبقى للإخوة الأشقاء شيء، ب- أن تكون في المسألة صاحبة سدس كالأم أو الجدّة، مع العلم أن المسألة المشتركة التي وقعت في عهد الصّحابة كانت فيها جدّة، ج- تعدّد الإخوة لأمّ لأنّه بانفراد أحدهم يأخذ السّدس ويبقى للأشقاء نصيب بالتعصيب، د- وجود أخ شقيق أو أكثر مع أخت شقيقة أو أكثر، لأنّ وجود أخت شقيقة سيجعلها تتال النّصف وتعول المسألة من 6 إلى 9 (أنظر: محمد محده. التّركات والموارث دراسة مدعّمة بالقرارات والأحكام القضائية. ص 152)، بل إنّ تعصّب الأخ الشّقيق مع أخته يعتبر شؤما عليها لأنّه لم يبق لهما شيء بالتعصيب، فلو كانت وحدها لأخذت النّصف، وهو ما يعرف بالقريب المشؤوم.

ثالثاً: مسألة المنبرية.

يمكن أن تتحقق في من مات وترك: زوجة، وبنيتين، وأب، وأم: للزوجة الثمن (3)، وللبنيتين الثلثان (16)، وللأب السدس (4)، وللأم السدس (4)، والمسألة من (24)، وتعول إلى (27)⁽¹⁾.

تسمى هذه المسألة بالمنبرية، لأنّ عليّاً رضي الله تعالى عنه كان يخطب على المنبر، وكان أول خطبته الحمد لله الذي يحكم بالحقّ قطعاً، ويجزي كلّ نفس بما تسعى وإليه المآب والرجعى، فسئل حينئذ عن هذه المسألة فقال ارتجالاً صارثمن المرأة تسعا، ومضى في خطبته يعني أن هذه المرأة كانت تستحقّ الثمن فصارت تستحقّ التسع⁽²⁾.

تطرق المشرع الجزائري لهذه المسألة وفقاً للمادة 179 التي نصّت على: "إذا اجتمعت زوجة وبنتان وأبوان صحت فريضتهم من أربعة وعشرين وتعول إلى سبعة وعشرين، للبنتين الثلثان - ستة عشر - وللأبوين الثلث - ثمانية - وللزوجة الثمن - ثلاثة - ويصير ثمنها تسعا".

الفرع الرابع: ميراث الأقارب وفق أوضاع خاصة.

تضمن قانون الأسرة أوضاعاً أخرى، في نطاق الميراث تعتبر ذات أهمية بالغة، ويكون الأقارب أحد أطرافها، وتقتضي تفصيلاً نوعياً، لا سيما عندما يتعلّق الأمر بالحمل، والميراث عن طريق التّزويج، فضلاً عن ميراث المفقود، ولذلك يمكن بحثها كما يلي:

أولاً: ميراث الحمل.

بالرغم من أنّ الحمل لم يبصر النور بعد، إلّا أنّه حظي باهتمام شرعي وقانوني جدّي، لا سيما إذا ما تعلّق الأمر بالميراث.

1- تعريف الحمل.

يعتبر الحمل حالة تستدعي التّدقيق والتّفصيل، وخاصّة المعنى الخاص به في الإطار العام من الناحية اللّغوية والاصطلاحية.

أ- تعريف الحمل في اللّغة.

الحمل في اللّغة من حملة يحمله حملاً وحملانا، بالفرنسية (Enfant conçu)⁽³⁾، وفي الانجليزية (Fetus)⁽⁴⁾ هو ثمر الشجر⁽⁵⁾، ويقصد به ما يُحمَل في البطن من الأولاد في جميع الحيوان حمَلَتْ تخمِل حملاً،

(1) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 470 و 471.

(2) الشربيني. مغني المحتاج. ج 3 ص 28.

(3) عبد الواحد كرم. معجم مصطلحات الشريعة والقانون (عربي - فرنسي - إنجليزي). ص 151.

(4) محمد رواس قلعة جي؛ حامد صادق قنبي. معجم لغة الفقهاء. ص 188.

(5) الفيروز أبادي. القاموس المحيط. ص 405.

غير واحد، امرأة حُبلى، حامل⁽¹⁾، والجمل بالكسر ما يُحمل على الظهر ونحوه، والجَمْعُ أحمالٌ وحُمُولٌ، وَحَمَلْتُ الْمُتَاعَ حَمَلًا مِنْ بَابِ ضَرَبَ فَأَنَا حَامِلٌ، وَالْأُنْثَى حَامِلَةٌ بِالْهَاءِ لِأَنَّهَا صِفَةٌ مُشْتَرَكَةٌ.

من خلال الاشتقاقات اللغوية للحمل في اللغة، يتضح أنها تتمحور بالأساس حول ما يكون محلّ تحمّل من الغير ولا سيما ما يحويه بطن الأم.

ب- تعريف الحمل في الاصطلاح.

الحمل في الاصطلاح يُقصد به ما في بطن الأم من ذكر أو أنثى⁽²⁾، فهو وصف لكلّ آدمي تحمله الأنثى في بطنها، خلال فترة الحمل أيّا كان جنسه وأيّا كان عدده.

2- شروط ميراث الحمل.

لا يرث الحمل إلّا بتوافر شروط معينة يجب مراعاتها وهي كما يلي:

أ- ثبوت وجود الحمل حيّا عند موت المورث.

أي أن يكون الحمل موجودا في بطن أمّه وقت وفاة مورثه⁽³⁾، ويكون ذلك عن طريق ولادته في مدّة يُعلم منها أنّه كان موجودا في بطن أمّه عند وفاة مورثه أو الحكم بها، وتحديد هذه المدّة يكون بالفترة الدّنيا والقصوى للحمل⁽⁴⁾.

فالفقهاء اتّفقوا على أنّ أدنى مدّة للحمل هي ستّة أشهر، وذلك استنادا لاستنتاج علي كرم الله وجهه وذلك من خلال قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنِيمَ الرَّضَاعَةُ...﴾⁽⁵⁾، ولقوله ولقوله أيضا: ﴿...وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا...﴾⁽⁶⁾ فَإِذَا أَسْقَطَتْ حَوْلَيْنِ مِنْ ثَلَاثِينَ شَهْرًا بَقِيَتْ مِنْهُ سِتَّةُ أَشْهُرٍ؛ وَهِيَ مُدَّةُ الْحَمْلِ⁽⁷⁾.

(1) ابن سيده . المخصّص . ج 1 ص 45.

(2) محمد علي الصّابوني. المواريث في الشريعة الإسلامية في ضوء الكتاب والسنة. ص 199.

(3) العربي بلحاج. أحكام المواريث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وفق آخر التّعدّلات، ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا. ص 366.

(4) مريم أحمد الداغستاني . المواريث في الشريعة الإسلامية على المذاهب الأربعة. ص 98.

(5) سورة البقرة . الآية 233.

(6) سورة الأحقاف . الآية 15.

(7) ابن العربي . أحكام القرآن . ج3 ص 149.

غيّتهم اختلفوا في أقصى مدّة للحمل، فقال الحنفية وأحمد بن حنبل⁽¹⁾ إنها سنتين، وذهب الشافعية⁽²⁾ إلى أنها أربع سنوات، وقال المالكية⁽³⁾ أنها قد تصل خمس سنوات، لكنّ الطّب الحديث يرى استحالة أن تصل مدّة الحمل إلى أكثر من تسعة أشهر، وأنه لا بدّ أن يوضع الحمل أو يسبّب ضررا جسيما للأم⁽⁴⁾. بالرجوع إلى منحنى المشرّع الجزائري، فإنّه تطرّق إلى المدّة الدّنيا والقصوى للحمل، من خلال المادّة 42 من قانون الأسرة التي نصّت على: "أقلّ مدّة الحمل ستّة (6) أشهر وأقصاها عشرة (10) أشهر"، ويتّضح من خلال المادّة 43 نسبة الولد لأبيه، إذا تمّت الولادة خلال 10 أشهر بعد الانفصال أو الوفاة من خلال النّص على: "ينسب الولد لأبيه إذا وُضع الحمل خلال عشرة (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة". على هذا الأساس يمكن استمرار الحمل إلى 42 أسبوعا وهو ما يقارب العشرة أشهر، ونادرا ما تتجاوز هذه المدّة⁽⁵⁾.

وأشار المشرّع التّونسي في هذه الحالة إلى أنّه لا يرث الحمل أباه إلّا إذا وُلد حيّا لمدّة لا تتجاوز العام، ولا يرث الحمل غير أبيه إلّا في حالتين؛ الأولى أن يولد حيا لثلاثمائة وخمسة وستين يوما على الأكثر من تاريخ الموت أو الفرقة إذا كانت أمه مُعتدّة عدة موت أو فرقة ومات المورث أثناء العدة، والثّانية أن يولد حيّا لمئتين وسبعين يوما على الأكثر من تاريخ وفاة المورث إن كان من زوجية قائمة وقت الوفاة، وهو ما نصّ عليه الفصل 150 من المجلّة.

كما أنّ المشرّع الجزائري قد حدّد في إطار المادّة 128 من قانون الأسرة شروط الإرث، بنصّه على مايلي: "يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون:- الوارث حيّا أو حملا وقت افتتاح التّركة، مع ثبوت سبب الإرث،- وعدم وجود مانع من الإرث".

إنّ ما يؤخذ على هذه الصياغة أنّ المشرّع ربط وجود الوارث حيّا أو حملا وقت افتتاح التّركة وهذه مُغالطة، لأنّ ميراثه يرتبط بموت المورث، وليس وقت افتتاح التّركة وهو فاصل زمني مهمّ يجب مراعاته، وعلى هذا الأساس يحسن أن تُعاد صياغة المادّة كما يلي: "يُستحقّ الإرث إذا كان الوارث حيّا حقيقة أو تقديرًا".

ب- ثبوت ولادة الحمل حيّا.

إنّ فكرة ميلاد الحمل الوارث هي مسألة جوهرية يكتمل بها ميراث الحمل، وعلى هذا الأساس كان معنى "ميلاده حيّا" محلّ اختلاف بين الفقهاء، أي ضرورة وضعه كاملا أو جزءا منه؛ فقال الحنفية أنّ المراد بالحمل

(1) ابن عابدين . حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة . ج3 ص 108؛ ابن قدامة المقدسي. الشرح الكبير على متن المقنع . ج 9 ص 89.

(2) الشيرازي. المهذب في فقه الإمام الشافعي. ج 2 ص 143 .

(3) بن جزي . القوانين الفقهية. ص 581؛ المرداوي . الإنصاف . ج 7 ص 350.

(4) عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي. (إثبات النّسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة - دراسة فقهية وتشريعية مقارنة- رسالة مقدّمة لنيل درجة الدكتوراه). ص 34.

(5) عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي. (إثبات النّسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة). ص 38 و39.

الذي استبان بعض خلقه أو كله، فإن لم يستين بعضه لم تنقض العدة، لأن الحمل اسم لنطفة متغيرة، فإذا كان مُضغّة أو علقّة لم تتغير فلا يعرف كونها متغيرة بيقين إلا باستبانة بعض الخلق، لأن خروج أكثره حيّا دليل على حياته⁽¹⁾، أمّا الجمهور⁽²⁾ فقالوا بضرورة اكتمال وضع الحمل كاملا وانفصاله كليّة عن أمّه حيّا. بالرجوع إلى مسلك المشرّع الجزائري، فقد نصّ على أنّ العبرة في ميلاد الحمل أن يولد كاملا، وينفصل عن أمّه، وفي ذلك أخذ برأي الجمهور، وهو ما يفهم من خلال المادة 134 من قانون الأسرة التي نصّت على: "لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيّا، ويعتبر حيّا إذا استهلّ صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة"، فإذا لم يظهر شيء من هذه الأوصاف، أمكن للقاضي الاستعانة بأهل الخبرة من الأطباء أو ممن عاينوا ولادة هذا الحمل⁽³⁾، وهو ما يتماشى مع نصّ المادة 25 من القانون المدني التي نصّت على: "تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته".

ج- تقسيم التركة عند وجود الحمل.

إنّ قضيّة تقسيم التركة قبل ميلاد الحمل هي محل اختلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية؛ فلقد رأى المالكية⁽⁴⁾ أنّ التركة لا تقسم حال وجود حمل، ويعدّ الحمل سبباً يُوقف به المال إلى الوضع، فيوقف قسمة التركة حتى الولادة، أو اليأس من الولادة؛ لأنّ في القسمة تسليطاً للورثة على أخذ المال والتصرف به، وفي استرداد الحمل حقه منهم خطر، هذا ورأى الجمهور⁽⁵⁾ أنّ التركة تُقسم من غير انتظار الولادة، منعاً من إضرار إضرار الورثة، ومنع المالك من الانتفاع بملكه، ويؤخذ كفيل من الورثة، احتياطاً لحقّ الحمل من الضياع. ثمّ إنّ الاختلاف قد انصب بين فقهاء الجمهور حول ما يوقف للحمل، فالمفتي به عند الحنفية⁽⁶⁾ أن يقدر يقدر واحداً فقط؛ لأنه الغالب المعتاد في الحمل، وما زاد عن واحد، فهو نادر، ومع هذا يحتاط لتعدد الحمل، فيأخذ القاضي كفيلاً من الورثة الذين يتأثرون نصيبهم بتعدد الحمل، لاسترداد ما أخذه على أنّ الحمل واحد، ويقدر عند الحنابلة⁽⁷⁾ باثنين؛ لأنه يقع أحياناً، ويعامل بقية الورثة بالأضرر بتقدير الذكورة فيهما، أو في أحدهما،

(1) ابن عابدين . حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة. ج 3 ص 511.

(2) الشربيني . مغني المحتاج. ج 3 ص 389؛ ابن قدامة . المغني. ج 9 ص 114؛ الأزهرى . الثمر الداني . ص 466.

(3) العربي بلحاج. أحكام الموارث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات، ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا. ص 368.

(4) الدردير. الشرح الصغير. ج 4 ص 716.

(5) ابن عابدين . حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة . ج 6 ص 800؛ ابن قدامة . المغني ج 7 ص 195؛ الشيرازي . المذهب في فقه الإمام الشافعي . ج 2 ص 31.

(6) ابن عابدين . حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة . ج 6 ص 800.

(7) ابن قدامة . المغني ج 7 ص 195.

أحدهما، أو الأنوثة، وقال أبو حنيفة⁽¹⁾: يقدّر أربعة؛ لأنّه قد يقع، ويعامل بقية الورثة بالأضرّ، بتقديرهم ذكوراً أو إناثاً.

والأصحّ عند الشافعية⁽²⁾، أنّه لا ضابط لعدد الحمل عندهم؛ إذ قد تلد المرأة أربعة أو خمسة أو ستة أو سبعة في بطن واحد.

بالرجوع إلى مسلك المشرّع الجزائري، فقد أخذ برأي الجمهور ومخالفاً رأي المالكية، من حيث وقف التركة بموجب المادة 173 من قانون الأسرة التي نصّت على: "يوقف من التركة للحمل الأكثر من حظّ ابن واحد أو بنت واحدة إذ كان الحمل يشارك الورثة أو يحجبهم حجب نقصان، فإنّ كان يحجبهم حجب حرمان يوقف الكلّ ولا تقسم التركة إلى أن تضع الحامل حملها".

فلم يتعرّض المشرّع الجزائري إلى مسألة تعدّد الحمل، ولا لمسألة أخذ الكفالة ممّن يختلف نصيبهم بين أن يكون واحداً أو أكثر، الأمر الذي يستدعي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وفقاً للمادة 222⁽³⁾.

3- كيفية ميراث الحمل.

تُقسم التركة على فرض أنّه ذكر، ثم يُقسم مَرّة أخرى على فرض أنّه أنثى، فإن كان الحمل يرث على أحد الفرضين دون الآخر، اعتبر وارثاً مؤقتاً، واحتفظ له بنصيبه، وإن كان وارثاً على كلا التقديرين، ولكن نصيبه يختلف بالذكورة والأنوثة، احتفظ له بالنصيب الأكبر، وإن لم يختلف نصيبه على كلا التقديرين، حفظ له ذلك النّصيب⁽⁴⁾، وعلى كلّ حال يمكن أن يرث الحمل وفق إحدى الحالات وفقاً لما يلي:

أ- الحالة الأولى: ألا يرث الحمل مُطلقاً.

قد لا يكون الحمل وارثاً لا على فرض الذكورة ولا الأنوثة، فقد يكون ممنوعاً أو محجوباً ولا معنى لوجوده وبالتالي لا عبرة في وقف أيّ شيء من التركة له، ومثال ذلك من مات وترك أباً، وابناً، وأمّاً حاملاً من أبيه⁽⁵⁾.
لحلّ هذه المسألة يجدر افتراض أنّ الحمل ذكر، ثم افتراضه أنثى ووقف أفضل النّصيبين له لحين ميلاده حيّاً، فيتبيّن أنّ المولود قد يكون أخاً شقيقاً أو أختاً شقيقة، وفي كلتا الحالتين محجوب بالأب، والإبن.

ب- الحالة الثانية: ألا يختلف ميراث الحمل باختلاف جنسه.

أن يرث قدراً واحداً على فرض الذكورة والأنوثة، فيوقف للحمل نصيبه ويقسم الباقي على الورثة، فإذا ولد الحمل حيّاً نال نصيبه الموقوف، وإن ولد ميّتاً قسم نصيبه على باقي الورثة، ومثال ذلك من مات عن أم

(1) السرخسي. المبسوط . ج 30 ص 52.

(2) الشيرازي . المذهب في فقه الإمام الشافعي . ج 2 ص 31.

(3) العربي بلحاج. أحكام الموارث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وفق آخر التّعدّلات، ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا. ص 371.

(4) وهبة الزحيلي . الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 518.

(5) العربي بلحاج. المرجع السابق. ص 372.

حامل من غير أبيه، وأخت شقيقة وأخت لأب، فالحمل هو أخ لأم أو أخت لأم، ولا يختلف نصيبه على اعتبار الذكورة ولا الأنوثة مالم يُحجَب، لأنّه سينال السّددس إذا ولد حيّا ولا يؤثّر على بقيّة الورثة⁽¹⁾.

ج- الحالة الثّالثة: أن يرث الحمل على أحد الفرضين ولا يرث على الفرض الآخر.

في هذه الحالة يجب حلّ المسألة من حلّين، باعتبار الذكورة والأنوثة، فإذا ظهر الحمل وفقا للفرض الذي يرث فيها أعطي له نصيبه، ويبقى للورثة نصيبهم كما هو، وأمّا إذا كان بخلاف ذلك كان المقدار المحفوظ للحمل من نصيب الورثة⁽²⁾، ومثال ذلك من ماتت وتركت زوجا، وأختا شقيقة، وأخوين لأم، وزوجة أب حامل.

في الحالة الثّانية أي على افتراض أنّ الحمل أنثى ستكون أختا لأب، فيعطى أصحاب الفروض نصيبهم على هذا الأساس، فإذا ولد الحمل وتّضح أنّها أنثى أعطي ما حُفظ لها، وإذا كان الحمل ذكرا رُدّ ما حُفظ إلى الورثة، وتكملة نصيبهم على أساس ذكورة الحمل⁽³⁾.

يُحفظ للحمل قيمة سهم واحد عند أمين أو كفيل، ويعطى لكلّ وارث نصيبه على أساس الحلّ الثاني، فإن كان الحمل أنثى أعطى لها نصيبها وهو سهم واحد وتبقى أسهم باقي الورثة كما هي عليه، وإن كان ذكرا ورّع القدر المحفوظ للحمل على بقية الورثة، فيأخذ كلّ وارث ما يكمل نصيبه على أساس الحلّ الأول، وعلى القاضي أن يأخذ كفيلا من الورثة الوارثين من الحمل، وتتغيّر أنصبتهم بتعدّد الحمل احتياطا له، حتى لا يضيع عليه نصيبه حين يكون الرّجوع على الوارث متعذّرا⁽⁴⁾.

د- الحالة الرّابعة: أن يرث الحمل على كلا التّقديرين مع اختلاف نصيبه بحسب جنسه.

في هذه الصّورة يقدّر له تقديران، ويوقف له من النّصيب أوفرهما، فقد يكون تقديره ذكرا أنفع له من تقديره أنثى وقد يكون العكس، فيعطى أوفر النّصيبين، وتحلّ المسألة بطريقتين ويُعطى للورثة أقلّ النّصيبين⁽⁵⁾، ومثال ذلك من مات وترك: أبا وأمّا وزوجة حاملا.

4- تأثير الحمل على الورثة⁽⁶⁾.

(1) مريم أحمد الداغستاني . المواريث في الشريعة الإسلامية على المذاهب الأربعة. ص 102.

(2) العربي بلحاج. أحكام المواريث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات، ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا. ص 374.

(3) محمد أبو زهرة . أحكام التّركات والمواريث. ص 215 .

(4) العربي بلحاج. المرجع السابق. ص 375.

(5) محمد علي الصّابوني. المواريث في الشريعة الإسلامية في ضوء الكتاب والسنة. ص 203.

(6) محمد محده . التّركات والمواريث دراسة مدعّمة بالقرارات والأحكام القضائية. ص 274...276.

يمكن أن يؤثر الحمل على أنصبة باقي الورثة؛ فمن كان وارثاً على أحد التقديرين دون الآخر، اعتبر غير وارث مؤقتاً ولا يأخذ شيئاً، ومن كان وارثاً على التقديرين، ولكن نصيبه يختلف، يعطى النصيب الأقل، ومن كان وارثاً على التقديرين، ولكن نصيبه لا يختلف، أعطي هذا النصيب.

فالحمل يُعامل بأحسن حاله، والوارث الآخر معه يعامل بأسوأ حاله، وما بقي من الفروق يحفظ حتى الولادة⁽¹⁾، ويمكن التفصيل في هذه المسألة وفقاً لما يلي:

أ- أن يكون الشخص وارثاً مع الحمل في كلا التقديرين دون نقصان، كمن يتوفى ويترك زوجة حاملاً وابناً، فنصيب الزوجة لا يتغير ولذلك يمكن إعطائها نصيبها لعدم تأثره بجنس الحمل.

ب- أن يكون الشخص وارثاً في كلا التقديرين، غير أن نصيبه يختلف من تقدير لآخر، فيعطى في هذه الحالة أسوأ النصيبين، ومثال ذلك من مات وترك زوجة حاملاً وأباً، فالزوجة لا يختلف نصيبها باختلاف جنس الحمل وتأخذ الثمن، أما الأب فإن نصيبه يتباين باختلاف جنس الحمل؛ فإذا كان الاعتبار على أن الحمل ذكراً يأخذ الأب السدس، أما إذا كان أنثى فله السدس فرضاً والباقي تعصيباً، فالأب يأخذ أسوأ الحالتين عند تقدير الحمل ذكر، وعليه يرث ويحفظ ما بقي مع نصيب الحمل، حتى يتبين أمره بعد الولادة، فإذا كان الحمل أنثى استرد بعد ذلك الأب ما زاد من نصيب الأنثى وهو 5 سهام، وإن كان الحمل ذكراً فلا يزداد الأب شيئاً عن نصيبه.

ج- أن يكون الشخص وارثاً على تقدير للحمل دون آخر، ففي هذه الحالة لا يُعطى الشخص شيئاً لأن عدم إعطائه هو أسوأ الحالتين، ومثال ذلك من مات عن زوجة حاملاً، وأخت شقيقة.

د- أن يكون الشخص الوارث مع الحمل ليس له نصيباً مقدراً بل يرث بالتعصيب، ففي هذه الحالة لا يعطى شيئاً بل يترك حتى وضع الحمل، ومثال ذلك من مات وترك زوجة حاملاً وابناً، فلا شك أن الزوجة تأخذ نصيبها الثمن ولا تتأثر بجنس الحمل، بينما الابن يرث بالتعصيب مع أخيه أو أخته الحمل، وعلى ذلك لا يُعطى نصيبه حتى يوضع الحمل، فإذا كان ذكراً أخذ الباقي بعد نصيب الزوجة بالتساوي تعصيباً، وإن كان الحمل أنثى للذكر مثل حظ الأنثيين.

ثانياً: الميراث بالتزويل.

قد يرث أحد الرجال الأقارب بطريق التزويل، والذي يثعد أحد الأوجه الجوهرية للميراث في ظل كثرة التنازع حول الإرث بين أفراد الأسرة الواحدة، لاسيما إذا كان الورثة أحفادا ووفاة أبهم في حياة جدّهم، فتصدى الشرع الإسلامي، ووافقه التشريع العربي في توريث هذه الفئة، الأمر الذي يعكس التفاتة اجتماعية تستدعي التثمين، ولذلك وجب التفصيل في هذا الموضوع كما يلي:

1- معنى التزويل.

يكتسي معنى التزويل أهمية بالغة، تجعل من البحث فيه أمراً جدياً من الناحية اللغوية والاصطلاحية.

أ- تعريف التّزِيل في اللّغة.

التّزِيل في اللّغة من نزل ينزل منزلاً نُزُولاً بمعنى الحلول⁽¹⁾، وهو بالفرنسية (La Déduction)⁽²⁾ والانجليزية (Inlaying, Deduction)⁽³⁾ وهو ترتيب الشيء⁽⁴⁾، ونزل نزولاً بمعنى هبط من علو إلى سفلى، ونزله بمعنى رتبته ووضع منزله، ونزل هذا مكان هذا بمعنى أقامه مقامه⁽⁵⁾ من خلال معاني التّزِيل اللّغوية يتّضح تعدّدها وتمحورها حول الإحلال والترتيب.

ب- تعريف التّزِيل في الاصطلاح.

يُقصد بالتّزِيل أن يفرض الولد الذي مات في حياة أصله حياً، ويُقدّر نصيبه كما لو كان موجوداً، ثم يخرج النّصيب من التّركة، ويعطى لصاحب الوصيّة بشرط ألا يزيد عن الثلث، ثم يُقسم باقي التّركة على أنّه كل التّركة، بين الورثة بحسب الفريضة الشرعية⁽⁶⁾.

ولم يعرف المشرّع الجزائري التّزِيل، ووردت أحكامه في قانون الأسرة من خلال المواد من 169 إلى 172، ونصّت المحكمة العليا في أحد قراراتها أنّه: "يُحرّر لفائدة أحفاد من مات مورّثهم قبلهم وأنهم في هذه الحالة يرثون مقدار أصله، والوصيّة تكون في حدود ثلث التّركة"⁽⁷⁾.

فهو جعل أحفاد الشّخص منزلة أصلهم في تركة الجدّ أو الجدّة، ونظام التّزِيل استُحدث في الفقه الإسلامي لمعالجة فكرة الأحفاد الذين يموت أبوهم، أو أمهم في حياة جدّهم أو جدّتهم، ثم يموت الجدّ أو الجدّة، فلا يرث هؤلاء الأحفاد شيئاً من تركة الجدّ أو الجدّة لحجهم، وقد يكون هؤلاء الأحفاد في حاجة ملحة وأعمامهم وعمّاتهم في غنى وثروة⁽⁸⁾.

فالتّزِيل يعدّ من باب الوصايا ويخرج قبل قسمة التّركة، ولم يكن موجوداً قبل سنّ قانون الأسرة الجزائري، بل كان المطبّق في ذلك أصل المذهب المالكي، فالتّزِيل يستمدّ قوّته من القانون، بمعنى أنّ الشّخص إذا أوصى بالتّزِيل فإنّه يُطبّق، وإن لم يفعل فإنّه يُطبّق بقوّة القانون، ولهذا النظام انعكاس على

(1) الفيروز أبادي. القاموس المحيط . ص 1602.

(2) يوسف شلالة. المعجم العملي للمصطلحات القانونية والتجارية والمالية فرنسي عربي عربي فرنسي. ص 64.

(3) محمد رواس قلعة جي؛ حامد صادق قنبي. معجم لغة الفقهاء. ص 149.

(4) ابن فارس. مجمل اللغة. ج 1 ص 864.

(5) إبراهيم مصطفى وآخرون. المعجم الوسيط. ص 915.

(6) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 436.

(7) العربي بلحاج. قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02/05 ومعلقاً عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة 1966-2006. (ص 519). المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية- (قرار غير منشور مؤرخ في 1986/02/24 ملف رقم 40651-).

(8) العربي بلحاج. أحكام الموارِيث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات، ومدغم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا. ص 356.

الأسرة الجزائرية التي يمكن أن تشمل الجد والابن وابن الابن الذي قد يحجب في ظل وجود من هو أقرب منه⁽¹⁾.

2- التمييز بين الوصية الواجبة والتّزِيل.

ينبغي التمييز بين الوصية الواجبة التي أخذت بها بعض الدول العربية، والتّزِيل حيث أنّ الأخير هو اصطلاح جزائري خالص، وله معنى محدّد وحصري ينطوي على أحكام المواد التي نظّمته في قانون الأسرة، ولا سيما المادة 169 من قانون الأسرة التي حصرتهم في الأحفاد بنصّها على: "من توفي وله أحفاد وقد مات مُورَثهم قبله أو معه وجب تنزيلهم منزلة أصلهم في التّركة...".

بينما تعدّ الوصيّة الواجبة أوسع نطاقا، وهو ما رآه ابن حزم الذي يعتبر مذهبه الأصل في التّشريع لها⁽²⁾، فتكون مفروضة على كلّ مسلم لأقاربه بصفة عامة، والذين لا يرثون لسبب من الأسباب، فقال: "...وَقَرَضُ عَلَى كُلِّ مُسْلِمٍ أَنْ يُوصِيَ لِقَرَابَتِهِ الَّذِينَ لَا يَرِثُونَ، إِمَّا لِرِقٍّ، وَإِمَّا لِكُفْرٍ، وَإِمَّا لِأَنَّ هُنَالِكَ مَنْ يَحْجُبُهُمْ، عَنِ الْمِيرَاثِ أَوْ لِأَنَّهُمْ لَا يَرِثُونَ فَيُوصِي لَهُمْ... فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ أُعْطُوا، وَلَا بُدَّ مَا رَأَى الْوَرَثَةُ، أَوْ الْوَصِيُّ. فَإِنْ كَانَ وَالِدَاهُ، أَوْ أَحَدُهُمَا عَلَى الْكُفْرِ، أَوْ مَمْلُوكًا فَفَرَضُ عَلَيْهِ أَيْضًا أَنْ يُوصِيَ لَهُمَا، أَوْ لِأَحَدِهِمَا إِنْ لَمْ يَكُنْ الْآخَرُ كَذَلِكَ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ أُعْطِيَ، أَوْ أُعْطِيََا مِنْ الْمَالِ..."⁽³⁾، فجعل ابن حزم ذلك قضائيا، فإذا لم يوص الجد لحفدته، وجب على ورثته أو على الوصي المشرف على التّركة إخراج شيء غير محدّد بمقدار من مال الميت وإعطاؤه للوالدين غير الوارثين⁽⁴⁾.

فالوصيّة بجزء من ماله ليست بواجبة على أحد في قول الجمهور، وبذلك قال الشّعبى والنّخعي والثّوري ومالك والشافعي وأصحاب الرّأي وغيرهم، هي واجبة للأقربين الذين لا يرثون برأي جمع عظيم من الفقهاء كالإمام أحمد وهو قول داود، وحكي ذلك عن مسروق و طاوس وإياس وقتادة وابن جبر⁽⁵⁾.

فالتّزِيل وفق قانون الأسرة الجزائري يشمل الأحفاد دون غيرهم، بينما الوصيّة الواجبة تشمل الأقارب الذين لا يرثون، دون حصرتهم في صنف معيّن، أو اختزالهم في الحفدة فقط.

بينما استعمل المشرّع المغربي مصطلح التّزِيل لتوريث من لا يرث من خلال تصريح المورث، من خلال المواد 315 إلى 320 في المدوّنة، الذي ربطه بوصيّة المُنزِل-كسرا- الذي قد يشترط أن يرث مع أولاده أحد

(1) محمد محده . التركات والموارث دراسة مدعّمة بالقرارات والأحكام القضائية. ص 295.

(2) أحمد دغيش. التّزِيل في قانون الأسرة الجزائري. ص 84.

(3) ابن حزم. المحلى. ج 9 ص 314.

(4) العربي بلحاج. أحكام الموارث في التّشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وفق آخر التّعديلات، ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا. ص 356.

(5) ابن قدامة . المغني ج 6 ص 444...447.

الأشخاص، وفق صيغة تصدر من المنزل-كسرا-، وتسري عليه أحكام الوصية، فإذا كان في المسألة ذو فرض وكانت عبارته صريحة في تسوية الملحق بالملحق به، فيتم حساب المسألة بطريق العول فيدخل ضرر التنزيل على كافة الورثة، أما إذا كانت عبارة المنزل صريحة في التسوية تم حسابها باعتبار المنزل من بين الورثة وأعطى له مثل ما أعطى للملحق به، وتجمع باقي الحظوظ لأصحاب الفروض وغيرهم، وتجعل المسألة وكأنه لا تنزيل. كما أنه إذا لم يكن في المسألة صاحب فرض، فإذا كان المنزل ذكرا كان كأحد الورثة الذكور، وكذلك بالنسبة للإناث، وإذا اجتمعوا ذكورا وإناثا وقال المنزل أعطوهم بقدر ما يرثه أبوهم كان لهم للذكر مثل حظ الأنثيين.

3- شروط التنزيل.

أوجب المشرع الجزائري أعمال التنزيل إذا توفي شخص وله أحفاد وقد توفي أصلهم المباشر في حياته، فيُعمد لتنزيل هؤلاء الأحفاد في منزلة أصلهم لينالوا ما كان سيناله في حياته شرط أن لا يتجاوز ذلك الثلث، وهو ما شملته المادة 169 من قانون الأسرة⁽¹⁾ "من توفي وله أحفاد وقد مات مُورَثهم قبله أو معه وجب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة بالشروط التالية:"، ويُشترط للتنزيل عدّة شروط يجب مراعاتها وفقا للنصوص القانونية التي شملها قانون الأسرة الجزائري:

أ- أن تكون أسهم الأحفاد بمقدار نصيب أصلهم حيا، لأنّ التنزيل ليس مغنما، وإنّما جُعِل لدفع شرّ السّؤال عن من توفي أصلهم، وكذا تحقيق نوع من العدل بين أفراد الأسرة الواحدة.

ب- أن لا يزيد مقدار التنزيل عن الثلث، فإذا زاد عن ذلك رُجِعَ به إليه، لأنّ التنزيل هو نوع من الوصايا، والوصية لا يُزاد فيها عن الثلث⁽²⁾، ولقد ترجم المشرع ذلك من خلال نصّ المادة 170 من قانون الأسرة التي نصّت على: "أسهم الأحفاد تكون بمقدار حصة أصلهم لو بقي حيا على أن لا يتجاوز ذلك ثلث التركة".

كما تجلّى ذلك أيضا من خلال قرار المحكمة العليا الذي نصّ على: "من المقرّر شرعا وقانونا أنّ أسهم الأحفاد تكون بمقدار حصة أصلهم لو بقي حيا على أن لا يتجاوز ذلك ثلث التركة. ومن المقرّر أيضا أنّه تستحقّ النصف من التركة بنت الابن بشرط انفرادها عن ولد الصّلب ذكرا كان أو أنثى وولد الابن في درجتها. والثّابت - في قضية الحال- أنّ قضاة الموضوع لما قضوا بتأييد حكم المحكمة القاضي بقبول الدّعى

(1) كان نظام التنزيل اختياريا قبل صدور قانون الأسرة، أي لا يمكن تطبيقه إلاّ بإيضاء الجدّ وهو ما بيّنه القرار القضائي الذي نصّ على: "إنّ القضاء بتوريث الحفيدة على أساس الوصية الواجبة قبل صدور قانون الأسرة يعدّ مخالفة للقانون لأنّ قضية الحال لا يطبق عليها قانون الأسرة بل أحكام الشريعة الإسلامية التي كان القضاء الجزائري يطبقها ومن ثمّ لا يورث الأحفاد في تركات أجدادهم إلاّ إذا أوصى الجدّ بأن أولاد ولده يحلّون محلّ أبيهم ويأخذون نصيبه من الميراث". (أنظر: المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 2001/11/14- ملف رقم 273177 - المجلة القضائية لسنة 2002. العدد الثاني. ص 448).

(2) محمد محده . التركات والمواريث دراسة مدعّمة بالقرارات والأحكام القضائية. ص 296...298.

التفسيرية المرفوعة من طرف العمّة والتي حُكِمَ لها فيها بنصف التركة وللطّاعنين بالنّصف الثّاني تعصّيبا طبقا لأحكام المواد 144، 152 و 153 من قانون الأسرة طُبّقوا صحيح القانون⁽¹⁾.

بل إنّ التّنزيل أصبح تلقائيا بعد صدور قانون الأسرة في 9 يونيو 1984 دون حاجة لوصيّة الجدّ أو الجدّة وهو ما تضمّنه قرار المحكمة العليا الذي نصّ على: "أصبح تنزيل الأحفاد بعد صدور قانون الأسرة (09 يونيو 1984)، بحكم القانون، تلقائيا"⁽²⁾.

ج- أن لا يكون الفرع الذي مات أصله في حياة أبويه وارثا، فإن كان وارثا ولو قليلا فلا وصيّة له، لأنّها وجبت تعويضا لما فات من الميراث، ولم يفتّ شيء مع وجود الإرث، فلو أوصى له تكون الوصية اختيارية⁽³⁾، وهو ما جاء من خلال نصّ المادة 171 من قانون الأسرة التي نصّت على: "لا يستحق هؤلاء الأحفاد التّنزيل إن كانوا وارثين للأصل جدّا كان أو جدّة أو كان قد أوصى لهم، أو أعطاهم في حياته بلا عوض مقدار ما يستحقّ بهذه الوصيّة، فإن أوصى لهم أو لأحدهم بأقلّ من ذلك وجب التّنزيل بمقدار ما يتمّ به نصيبهم أو نصيب أحدهم من التركة"، وترجم ذلك القرار القضائي الذي نصّ على: "حقّ الأحفاد المنزّلين منزلة أبيهم، مشروط بآلا يكونوا قد ورثوا من أبيهم ما لا يقلّ عن مناب مورثهم، من أبيه"⁽⁴⁾، وقد بسطت المحكمة العليا رقابتها على تطبيق شروط التّنزيل، وأحسنّت تطبيق أحكام المادة 172 من قانون الأسرة على الوقائع، ونقضت وأبطلت القرار المطعون فيه⁽⁵⁾.

مثال ذلك من مات عن: زوجة، وأم، وابن ابن، فللزوجة الثّمّن لوجود الفرع الوارث، وللأم السّدس لوجود الفرع الوارث، ولابن الابن الباقي تعصّيبا.

د- أن لا يكون الميّت (الجدّ أو الجدّة) قد أعطى فرع ولده الذي مات في حياته بغير عوض عن طريق الوصيّة أو الهبة أو الوقف ما يساوي الوصية الواجبة، فإن كان قد أعطاهم تبرّعا فهم ينتفعون بهذا التبرع، وذلك بموجب المادة 171 التي نصّت أيضا على: "لا يستحقّ هؤلاء الأحفاد التّنزيل إن كانوا وارثين للأصل جدّا كان أو جدّة أو كان قد أوصى لهم، أو أعطاهم في حياته بلا عوض مقدار ما يستحقّ بهذه الوصيّة...".

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 21/07/1998- ملف رقم 201023 - (المجلة القضائية لسنة 2001، عدد خاص، ص 343).

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 04/01/2006- ملف رقم 309029 - (المجلة القضائية لسنة 2006، العدد الأول، ص 443).

(3) مريم أحمد الداغستاني . المواريث في الشريعة الإسلامية على المذاهب الأربعة . ص 141 .

(4) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 14/11/2007- ملف رقم 403828 - (المجلة القضائية لسنة 2007، العدد الأول، ص 241).

(5) مراد كاملي. الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في قضايا التّنزيل. (مداخلة مقدمة في ملتقى جامعة بجاية بعنوان: المواريث بين النصوص القانونية والصعوبات التطبيقية، المنعقد يومي 3 و 4 ماي 2015) ص 7.

وقد زكّت المحكمة العليا هذه الفكرة من خلال نصّ القرار القضائي الذي تضمّن مايلي: "لا يحقّ للحفيد، المستحقّ جزءاً من تركّة الجدّة، بواسطة التّزويل، أخذ جزء من مخلفاتها بواسطة الوصيّة"⁽¹⁾، وما يؤخذ على هذا القرار أنّه لم يطبّق شرطاً من شروط التّزويل تطبيقاً سليماً وفقاً للمادة 171 من قانون الأسرة، حيث عمل على حرمان الحفيد من الوصية بسبب ما آل إليه من التّركة بالتّزويل، وكان المفترض العكس، أي لا يستحقّ الطّاعن التّزويل كون الجدّة قد أوصت له، وأن يكون التّزويل بقدر تكملة نصيبه من التّركة⁽²⁾.

هـ- ألاّ يكون الأحفاد قد ورثوا من أبهم أو أمهم ما لا يقلّ عن نصيب مورّثهم من تركّة الأصل جدّاً كان أو جدّة، وأن يتمّ التّزويل وفقاً لقاعدة للذكر مثل حظّ الأنثيين، وهو ما يُمكن فهمه من خلال المادة 172 من قانون الأسرة بنصّها على: "أن لا يكون الأحفاد قد ورثوا من أبهم أو أمهم ما لا يقلّ عن مناب مورّثهم من أبيه أو أمّه، ويكون هذا التّزويل للذكر مثل حظّ الأنثيين".

و- إنتفاء أيّ مانع من موانع الإرث بالفرع المنزل منزلة أصله وفقاً لما نصّ عليه القانون أو الشّريعة الإسلامية⁽³⁾.

4- المعنيّون بالتّزويل.

تضمّن قانون الأسرة الجزائري بموجب المادة 169 توريث الأحفاد الذين توفي مورّثهم قبل أصله، فيفرض لهم ما كان سيناله شرط ألاّ يتجاوز الثلث، والواضح أنّ المقصود من المادة جاء مشتملاً للأحفاد بصفة عامّة دون تمييز بين الذكر والأنثى⁽⁴⁾، لكن ومن خلال الصّيغة الفرنسية لنصّ المادة 169 من قانون الأسرة قد تضمّنت (Des descendants d'un fils)، وفي إطلاق النصّ لكافة الأحفاد فذلك يعدّ حياداً على المبدأ العام في الميراث الذي يقضي باستحقاق أبناء وبنات الابن للميراث وإن نزلوا إن لم يوجد من هو أولى منهم، بينما يعدّ أبناء وبنات البنت من ذوي الأرحام، ولا يرثون في ظلّ وجود أصحاب الفروض والعصبات.

أمام هذا الجدل، وبالرجوع إلى قرارات المحكمة العليا، فقد سارت على نسق معيّن، ثم عادت وتحوّلت لتفسير معنى الأحفاد على نحوٍ مُغاير⁽⁵⁾، حيث ذهبت في اتّجاه أول إلى جعل التّزويل متمحوراً حول ابن الابن الذي توفي أبوه قبل جدّه، وفق القرار الذي نصّ على: "من المقرّر قانوناً وشرعاً أنّ التّزويل لا يتمّ إلّا بين الأصول والفروع ويكون بتزويل الفرع منزلة الابن المتوفى من قبل الأصل ليأخذ المنزل مناب المتوفى في حدود

(1) المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 2005/02/14 - ملف رقم 335503 - (المجلة القضائية لسنة 2005. العدد الثاني. ص 387).

(2) مراد كاملي. الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في قضايا التّزويل. ص 7.

(3) العربي بلحاج. أحكام الموارث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات، ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا. ص 360.

(4) العربي بلحاج. أحكام التركات والموارث على ضوء قانون الأسرة الجديد. ص 349.

(5) مراد كاملي. الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في قضايا التّزويل. ص 4.

ما قرّره القانون والشرع، ولا يجوز الحكم بغير ذلك⁽¹⁾، فيتّضح من نصّ القرار جعل التّزويل مقتصرًا على ابن الابن.

لكن ومن خلال قرار آخر يتّضح أنّها غيّرت منحها من خلال إدراج ابن البنت ضمن المنزّلين منزلة أصلهم، حيث نصّ القرار على: "حيث بالفعل وبالنّظر لقانون الأسرة الصّادر يوم 1984/06/09 وبمقتضى المادة 169 منه، أصبح تنزِيل- الحفدة - منزلة أصولهم بحكم القانون، وفي قضيّة الحال مادامت- الجدّة- قد توفيت خلال سنة 1987 أي بعد صدور القانون المشار إليه أعلاه، فالطّاعن يعدّ حفيدًا لها (أي ابن ابنتها) ويستحقّ جزءًا من تركتها بواسطة التّزويل بالشّروط المنصوص عليها في المادة 171 من قانون الأسرة"⁽²⁾.

وكذلك ما ذهبت إليه في قرار آخر والذي نصّ على: "حيث يتبيّن بالرجوع إلى القرار المطعون فيه، أنّ قضاة المجلس طبّقوا صحيح القانون وصريحه، إذ لا يوجد غموض بالمادة 169 من قانون الأسرة التي توجب تنزِيل الأحفاد منزلة أصلهم في تركة الجدّ، والتّعي بالمصطلح الوارد كونه يخصّ الذّكور وحدهم مردود عليه لغة وقانونًا، فاللّغة العربيّة تُخاطب الجماعة بصيغة التّذكير عندما توجد مع تلك الجماعة نسوة، أمّا من ناحية القانون فالمادة 172 من قانون الأسرة تجلّي الغموض المُفتعل من طرف الطّاعن، إذ تنصّ على أنّ التّزويل يكون على قاعدة للذكر مثل حظّ الأنثيين، أمّا القول بإعمال الشّريعة الإسلاميّة فقانون الأسرة مستمدّ منها، وعليه فالوجه غير مؤسّس ممّا يتعيّن رفضه ودون التعرّض للوجه الثّاني لتشابههما..."⁽³⁾.

فواضح مدى التّغيّر في منهجها من خلال توسيع معنى الحفيد لابن البنت، والذي يُعدّ من ذوي الأرحام، والذي لا يرث بوجود من هم أولى منه بذلك من فرضيين وعصبات.

ولقد ألقى غموض وعدم وضوح منحنى المحكمة العليا في هذه المسألة على عمل المؤثّقين في إعداد عقود الفرائض، وذلك واضح من خلال المذكّرة رقم 2013/04 الصّادرة من الغرفة الجهويّة لمؤثّقي الشّرق، إلى السّادة المؤثّقين التّابعين لاختصاصها، والتي جاء موضوعها مُنصبًا حول تنزِيل أبناء البنت.

وتضمّنت ضرورة الحيطة والحذر في التّعامل مع هذا الموضوع، في انتظار الفصل نهائيًا من المحكمة العليا في جلسة محتملة للغرف مجتمعة، أو بتعديل قانون الأسرة لتوضيح هذه المسألة، فضلًا على أنّ المؤثّق لا يمكنه تحمّل مسؤولية التّأكد من شروط التّزويل، إذ أنّها تنطوي على ضرورة تعيين خبير عن طريق القضاء، فجاء في نصّ هذه المذكّرة ما يلي: "ولعلّ صدور بعض قرارات المحكمة العليا في السّنوات الأخيرة، التي تقرّ تنزِيل أبناء البنت منزلة أمّهم في تركة الجدّ، هو ما دفع بعض الزّملاء إلى بعث النّقاش من جديد بشأن

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 2007/11/14- ملف رقم 403828 - (المجلة القضائية لسنة 2007، العدد الأول، ص 241).

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والمواريث- قرار صادر بتاريخ 2005/02/14- ملف رقم 335503- (المجلة القضائية لسنة 2007، العدد الثاني، ص 387).

(3) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والمواريث- قرار صادر بتاريخ 2001/02/21- ملف رقم 258898- (المجلة القضائية لسنة 2006، العدد الأول، ص 48 و 49).

الموضوع، بل لعلّه دفع بأغلبهم إلى التوقّف عن إعداد الفرائض في الحالات التي يتأكّد فيها وجود أحفاد من البنت المتوقّاة قبل الجدّ، مع إحالة الأطراف إلى الجهات القضائية المختصة للفصل في الموضوع، الأمر الذي يتفهّمه أعضاء الغرفة، بل أكثر من هذا، يعتبرون تصرّف الموثّق في مثل هذه الحالة مشروعاً، ولا يشكّل خرقاً للمادة 15 من قانون التوثيق. لهذه الأسباب، ندعو جميع الرّملاء التابعين لاختصاص الغرفة الجهوية للموثّقين بالشرق، وفي ظلّ عدم استقرار اجتهاد المحكمة العليا بخصوص هذه المسألة، التزام جانب الحيطة والحذر في التعامل مع هذا الموضوع عند إعدادهم لعقود الفرائض، في انتظار الفصل نهائياً من طرف المحكمة العليا في جلسة محتملة للغرف مجتمعة، أو بتعديل قانون الأسرة لتوضيح هذه المسألة الشائكة على غرار ما هو واضح في بعض التشريعات العربية والإسلامية⁽¹⁾.

ويمكن تأكيد منحي المحكمة العليا في هذا الاتجاه من خلال قرار آخر نصّ على: "كلمة أصلهم الواردة في المادة 169 من قانون الأسرة (وجب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة)، تعني الأب أو الأم. تعني كلمة أحفاد، أبناء الابن (الأب) أو أبناء البنت (الأم)"⁽²⁾.

ولذلك فإنّ المشرّع الجزائري ومن خلال نصوص التّزويل وخصوصاً نص المادة 169، يتّجه إلى تعميم المقصود بالحفدة لأولاد البنت، لأنّ اللفظ جامع ليشمل أولاد الابن، وأولاد البنت⁽³⁾.

غير أنّه يمكن تقييم موقف المشرّع الجزائري أنّه لم يقصد تنزيل أولاد البنت للأسباب التالية:

1- يعتبر أولاد البنات من ذوي الأرحام الذين ثبت ميراثهم بموجب المادة 168 من قانون الأسرة الجزائري، حيث حدّدتهم المادة في أولاد البنات ولا يمكن لهم الميراث بطريق التّزويل والدّفع معاً، ودليل ذلك أنّ المحكمة العليا قد نصّت في أحد قراراتها أنّ ابن البنت يُعدّ من ذوي الأرحام، فنصّ القرار على: "إنّ القضاء بحجب الأخت لأب بسبب الأحفاد المنزّلين منزلة الأم في التركة يعدّ مخالفة للشّرع وتفسير خاطيء للقانون، لأنّ أبناء البنت المنزّلين من ذوي الأرحام، وهم غير حاجبين لأصحاب الفروض طبقاً لأحكام المادة 168 من قانون الأسرة، وبذلك يكون نصيب الأخت هو ثابت في التركة، وترثه مع البنات السبعة عصبية"⁽⁴⁾.

2- أقرّ المشرّع الجزائري مبدأ الرّد على أصحاب الفروض غير ذوي الأرحام بموجب المادة 167 من قانون الأسرة، والتي على أساسها أن لو اجتمع أصحاب فروض غير الزّوجين، مع أولاد البنات، ولم تستغرق الفروض

(1) المذكرة رقم 2013/04 الصّادرة من الغرفة الجهوية لموتقي الشرق إلى السّادة الموثّقين التابعين لاختصاصها، والتي جاء موضوعها منصّباً حول تنزيل أبناء البنت . ص 02.

(2) المحكمة العليا- غرفة شؤون الأسرة والموارث- قرار صادر بتاريخ 2013/09/12- ملف رقم 759763- (المجلة القضائية لسنة 2014. العدد الأول. ص 327).

(3) أحمد دغيش. التّزويل في قانون الأسرة الجزائري. ص 143.

(4) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 2001/04/18- ملف رقم 256446 - (المجلة القضائية لسنة 2003. العدد الأول. ص 357).

التركة، ولم يوجد عصبه من النسب، فلا يبقى شيء لذوي الأرحام، فتطبيق المادة 167 يخالف ما اعتمدته المحكمة العليا في جعل أولاد البنت من المنزّلين.

3- تطبيق قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين في التّزويل، وفقا لنصّ المادة 172 من قانون الأسرة، بينما تطبق قاعدة الإشتراك في توريث ذوي الأرحام وفقا للمادة 168، وبالتالي فإنّ تنزيل ذوي الأرحام يقتضي إمّا تطبيق قاعدة مقررة لأولاد الصلب دونهم، أو تطبيق الإشتراك خلافا لنصّ المادة 172⁽¹⁾.

4- يقوم مبدأ التّزويل على استحقاق حصّة من تركة الجدّ أو الجدّة من طرف الأحفاد أولاد الذّكور، لوجوب النّفقة على الحفدة المعوزين من حيث أنّه يجب على الجدّ الانفاق عليهم لانعدام أصلهم الذي يتكفّل بهم، وهذا بحكم قواعد التّعصيب، ولا يتصوّر قيامه في حالة تنزيل الحفدة من جهة البنات كونهم من ذوي الأرحام⁽²⁾.

وعلى هذا الأساس يمكن تحديد من يجب تنزيله في فرع الولد المذكّر الذي مات موتا حقيقيا أو حكما في حياة أبيه أو أمّه، وفرع الولد المذكّر الذي مات مع أبيه أو أمّه في حادث واحد⁽³⁾.

كما ذهبت المحكمة العليا إلى نفس الاتجاه بجعل الحفدة ينزّلون منزلة أبيهم من خلال القرار الذي نصّ على: "من المستقرّ عليه فقها وقضاء أنّ التّزويل جائز شرعا وقانونا ولا يجوز مخالفته. ولمّا ثبت- من قضية الحال- أنّ عقد التّزويل صحيح ولم يُطعن في بالتزوير فإذ حفدة المرحوم (ع ب م) المنزّلين منزلة أبيهم (م) المتوفّى قبل الأول، فإنّهم يأخذون ما ناب لأبيهم في المنزلة، ويقتسمونه للذكر مثل حظّ الأنثيين، خلافا لما قضى به قضاة في قرارهم- المطعون فيه- ممّا يستوجب نقضه"⁽⁴⁾.

كما أنّ الشّخص المنزّل يُعدّ بمثابة الوراث وهو ما ترجمه قرار المحكمة العليا الذي نصّ على: "يُعدّ تنزيل ابن الأخ منزلة الابن من الصّلب، طبقا للشّريعة الإسلامية، وصيّة بمثل نصيب وارث"⁽⁵⁾.

وأشار المشرّع المغربي أيضا إلى استحقاق أولاد البنت للتّزويل بموجب المادة 372 من المدوّنة، دون أن يمتدّ ذلك فروعهم، فسوّت المادة بين أولاد الابن وأولاد البنت، فضلا على أولاد ابن الابن وإن نزل، وأولاد البنات

(1) مراد كامل. الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في قضايا التّزويل. ص 5.

(2) مسعود الهلالي. أحكام التّركات والموارث في قانون الأسرة الجزائري. ص 192.

(3) العربي بلحاج. أحكام الموارث في التّشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وفق آخر التّعديلات، ومدعّم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا. ص 358.

(4) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1993/05/25- ملف رقم 94685- (المجلة القضائية لسنة 1994. العدد الثاني. ص 82).

(5) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 2009/12/10- ملف رقم 526179 - (المجلة القضائية لسنة 2009. العدد الأول. ص 231).

دون فروعهم، ويحجب فيها كلّ أهل فرعته دون فرع غيره، ولو كان أسفل منه درجة، وتكون الوصيّة الواجبة بينهم للذكر مثل حظّ الأنثيين⁽¹⁾.

وتطرق المشرّع التونسي إلى المعنيين بالتّزويل وحصرهم في الطّبقة الأولى من أولاد الأبناء ذكورا وإناثا، وتقسّم بينهم وفقا لقاعدة للذكر حظّ الأنثيين، وهو ما شمله الفصل 192 من المجلّة.

5- حلّ مسائل التّزويل.

تضمّن المشرّع الجزائري في المادة 170 من قانون الأسرة طريقة استخراج مقدار التّزويل وذلك بنصّها على: "أسهم الأحفاد تكون بمقدار حصّة أصلهم لو بقي حيّا على أن لا يتجاوز ذلك ثلث التّركة"، فنصّ المادّة وضّح أنّ الأحفاد سينالون نصيب أصلهم شرط أن لا يتجاوز الثلث، ثمّ بيّن المشرّع أنّ القسمة بين هؤلاء الأحفاد تكون وفقا لمبدأ للذكر مثل حظّ الأنثيين⁽²⁾ وفقا للفقرة الثانية من المادة 172 من قانون الأسرة التي نصّت على: "...ويكون هذا التّزويل للذكر مثل حظّ الأنثيين".

يمكن على هذا الأساس التّمييز بين حالة ما وُجدت حالة تزويل فقط، ووجود حالة تزويل مع وصية اختيارية.

أ- حلّ المسائل الميراثية المشتملة على حالة تزويل فقط.

يمكن استخراج مقدار التّزويل في المسائل الميراثية باتّباع خطوات ثلاث هي⁽³⁾:

- حلّ المسألة على فرض حياة صاحب الوصيّة الواجبة ومعرفة نصيبه.
- طرح نصيبه من التّركة إذا كان في حدود الثلث، فإذا كان نصيبه زائدا عن الثلث يُطرح الثلث من التّركة ويخصّص لصاحب الوصيّة الواجبة.
- قسمة باقي التّركة بعد طرح نصيب الوصيّة الواجبة على باقي الورثة بتقسيم جديد دون الالتفات إلى صاحب الوصيّة الواجبة.

مثال ذلك من مات وترك بنتين، وابنا، وأبا، وأما وبنت ابن (توفي أبوها في حياة جدّها) وترك تركة مقدارها 270 هكتارا، ففي المرحلة الأولى يفترض حياة الولد الذي مات في حياة أبيه، فصحّحت المسألة من 6 إلى 18 ويكون لبنت الابن المتوفى في حياة أبيه 4 من 18.

فتُستخرج قيمة السّهم بقسمة 270 هكتار على أصل المسألة 18، ويساوي 15 ويُضرب في نصيب بنت الابن $15 \times 4 = 60$ ، ثم تُطرح من القيمة الإجمالية للتّركة $270 - 60 = 210$.

(1) عبد الكريم شهبون. الشّافي في شرح مدوّنة الأسرة. ج 2 ص 406.

(2) مسعود الهلالي . أحكام التّركات والموارث في قانون الأسرة الجزائري . ص 196.

(3) العربي بلحاج. أحكام الموارث في التّشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وفق آخر التّعديلات، ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا. ص 358.

ثم تتم إعادة القسمة بافتراض عدم وجود بنت الابن، وتُقسم التركة على أساس 210 هكتارا، تقسم على 6 أصل المسألة ويكون الحاصل 35، وتضرب في نصيب كل وارث، فلأُم 35 هكتارا، ولأب 35 هكتارا، ولكل بنت 35 هكتارا، وللابن 70 هكتارا⁽¹⁾.

ب- حلّ المسائل الميراثية المشتملة على حالة تنزيل ووصية اختيارية.

يُمكن أن ترد بعض مسائل التنزيل مشتملة على وصية اختيارية بالإضافة إلى وجود حالة تنزيل، فلذلك أيضا طريقة خاصّة في الحلّ، وذلك بتقديم الوصية الواجبة على الاختيارية⁽²⁾، ويمكن اعتماد الخطوات التالية:

- طرح مقدار الوصية الاختيارية من كلّ التركة مالم يتجاوز الثلث، فإذا تجاوزته جُعِلت في حدود الثلث وفقا للمادة 185 من قانون الأسرة الجزائري التي نصّت على: "تكون الوصية في حدود الثلث، وما زاد عن الثلث توقّف على إجازة الورثة".

- يُقسم الباقي من التركة على الورثة على فرض حياة المتوفى، لتحديد نصيبه لو بقي حيّا وقت وفاة المورث، ويُعطى نصيبه شرط أن لا يتجاوز الثلث، وفقا للمادة 170 من قانون الأسرة الجزائري.

- يُطرح مقدار الوصية الواجبة من ثلث كلّ التركة، فإذا كان مقدارها مساويا للثلث فلا يبقى شيء للموصى له بوصية اختيارية، لأنّ الواجبة منها استغرقت الثلث المُخصّص للوصايا إلّا إذا أجازها الورثة، وإذا قلّ مقدار الوصية الاختيارية على الثلث فالباقي منه يُعطى لصاحب الوصية الاختيارية.

- تتمّ قسمة الباقي من التركة بعد تنفيذ الوصايا (الواجبة والاختيارية)⁽³⁾.

مثال ذلك من مات عن: أب، وأم، وبنتين، وبنت ابن توفي أبوها قبل وفاة أصله وترك 150.000 دج، ووصية اختيارية 30.000 دج⁽⁴⁾، فيكون حلّ هذه المسألة بطرح مقدار الوصية الاختيارية من المقدار الكلي للتركة: 150.000 - 30.000 = 120.000 دج.

بعد ذلك تُحلّ المسألة على فرض حياة صاحب التنزيل.

أصل المسألة من 6، وتتم قسمة صافي التركة بعد طرح مقدار الوصية الاختيارية، بقسمة 120.000 دج على 6 لتساوي 20.000 دج، يكون نصيب الابن 40.000 دج.

ثمّ يُطرح هذا المقدار من التركة ككلّ، أي 150.000 - 40.000 = 110.000 دج، وتُقسم على باقي الورثة باستبعاد صاحب التنزيل.

(1) أحمد دغيش. التنزيل في قانون الأسرة الجزائري. ص 208.

(2) محمد مصطفى شلبي. أحكام المواريث بين الفقه والقانون. ص 395.

(3) العربي بلحاج. أحكام المواريث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات، ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا. ص 364.

(4) مسعود الهلالي. أحكام التركات والمواريث في قانون الأسرة الجزائري. ص 199 و 200.

فالملاحظ أنّ الوصية الواجبة مقدارها 40.000 دج، والثُلث المُخصَّص للوصايا هو 50.000 دج، لذلك تبقى 10.000 دج فقط لتنفيذ الوصية الاختيارية.

ويمكن توضيح أنصبة باقي الورثة، فبعد طرح مقدار الوصايا (الثُلث) يصبح مقدار التركة 100.000 دج تقسم على 6، وقيمة السهم 16.666,66 دج.

بعد القسمة يمكن توضيح ما يناله كلّ مستحقّ كما يلي:

الأب: 16.666,66 دج، الأم: 16.666,66 دج، البنين: 66.666,66 دج، الوصية الواجبة: 40.000 دج، الوصية الاختيارية: 10.000 دج.

ثالثا: ميراث المفقود⁽¹⁾.

قد يكون المعني بالإرث شخصا مفقودا لا يعلم مكان وجوده، ويثير ميراثه إشكالات قانونية جديّة تستدعي التّحصيل، لا سيما إذا عاد المفقود سواء كان وارثا أو موروثا، ومن هذا المنطلق سيتمّ التّفصيل في ميراثه على النحو التّالي:

1- تعريف المفقود.

يطرح مفهوم المفقود تفاصيل مفاهيمية جوهرية يجب التطرّق لها في نطاق اللّغة والاصطلاح كما يلي:

أ- تعريف المفقود في اللّغة.

المفقود في اللّغة من فقد، وهو بالفرنسية (le perdu)⁽²⁾، والانجليزية (Missing person)⁽³⁾، يفقد فقداناً وفقوداً، بمعنى عَدِمَهُ فهو فقيد ومفقود، ويقال الفاقد بمعنى التي مات زوجها، وافتقده وتفقدّه: طلبه عند غيبته⁽⁴⁾، فالمفقود عموماً هو الغائب الذي لم يُدرَ موضِعُه ولم يُدرَ أحيّ هو أم ميّت⁽⁵⁾.

فالفقد في اللّغة يعني الانعدام بصفة عامّة، ويعني الشّخص الغائب دون يقين بحياته أو موته.

ب- تعريف المفقود في الاصطلاح.

المفقود من النّاحية الاصطلاحية: "هو الغائب الذي انقطع خبره، فلم تعرف حياته أو موته. ولا عبرة بمعرفة المكان أو الجهل به إذا كان مجهول الحياة أو الممات، فلو كان معلوم المكان، ولكنّه لا تُعرف حياته أو

(1) جاءت الإشارة إلى ميراث المفقود في نطاق الورثة من الرّجال بالرّغم من أنّ المفقود قد يكون امرأة، لأنّه يرث عموماً ضمن حالات خاصّة (غير أنّ ذلك لا يعني أنّ المفقود لا يرث بالفرض، بل قد يرث بالفرض أو بالتّصيب أو بهما معاً)، على أساس أنّ ميراثه تقديرية كما هو الحال بالنّسبة لميراث الحمل.

(2) عبد الواحد كرم. معجم مصطلحات الشريعة والقانون (عربي- فرنسي- إنجليزي). ص 392.

(3) محمد رواس قلعة جي؛ حامد صادق قنبي. معجم لغة الفقهاء. ص 448.

(4) الفيروز أبادي. القاموس المحيط. ص 1258.

(5) الجرجاني. التّعريفات. ص 241.

مماته فهو مفقود"⁽¹⁾، فالمفقود من النّاحية الاصطلاحية هو شخص غائب عن مقرّ سكناه، ولا يُعلم إن كان حيّا أو ميّتا.

لقد تطرّق المشرّع الجزائري لتعريف المفقود، من خلال المادة 109 من قانون الأسرة الجزائري بنصّها على: "المفقود هو الشّخص الغائب الذي لا يُعرف مكانه ولا يُعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم"، فلقد تأثر المشرّع الجزائري بمختلف التعريفات الواردة في هذا الشّأن، بجعله من المفقود شخصا غائبا عن موطنه، وعن ممارسة حياته بطريقة عادية، ويُعزى اعتباره مفقودا بسبب جهل مكانه، فضلا عن جهل حياته أو موته.

2- أحكام ميراث المفقود.

تطرّق المشرّع الجزائري لأحكام المفقود والغائب في المواد من 109 إلى 115 من قانون الأسرة، ولا يعدو أن يكون المفقود إمّا مورّثا أو وارثا وفقا لما يلي:

أ- إذا كان المفقود مورّثا.

تضمّن قانون الأسرة الجزائري الفترة المعتمدة لتقرير موت المفقود، من خلال المادة 113 التي نصّت على: "يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الإستثنائية بمضيّ أربع سنوات بعد التحري، وفي الحالات التي تغلب فيها السّلامة يُفوّض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضيّ أربع سنوات"، على أن يصدر حكم قضائي بفقدانه، ثمّ صدور حكم آخر بموته بمضيّ أربع سنوات، فحدّد القانون هذه الفترة بعد التحري والبحث، وهو ما تضمّنه قرار المحكمة العليا الذي نصّ على: "إنّ احتساب القضاة لمدة الفقدان من تاريخ النّطق بالحكم رغم ثبوت ظروف فقدان المفقود دون إجراء تحقيق لمعرفة ذلك هو خطأ في تطبيق القانون"⁽²⁾.

فالمفقود يحكم بموته بعد مرور أربع سنوات في الأحوال الاستثنائية، كالفقد في فيضان أو زلزال أو حرب وهي الحالات التي يغلب فيها الهلاك، أمّا في الحالات العادية فالأمر متروك للقاضي، ليقرّر وفاته بعد أربع سنوات من فقده، بناء على الوثائق الإدارية وشهادة الشّهود والقرائن، على أنّه لا يمكن الحكم بفقدانه وموته في إطار حكم واحد⁽³⁾.

وقد خالف المشرّع المغربي بخصوص المفقود من حيث المدة التي يحكم بها بموته، فاقصر على سنة واحدة من تاريخ اليأس من الوقوف على خبر حياته أو مماته، وفقا للمادة 327 من المدوّنة.

(1) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 522.

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 2002/04/10- ملف رقم 290808 - (المجلة القضائية لسنة 2003. العدد الأول. ص 372).

(3) العربي بلحاج. أحكام المواريث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات، ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا. ص 384 و 385.

كما تَضَمَّنَت المادة 114 من قانون الأسرة الجزائري ضرورة صدور حكم قضائي بناء على طلب من له مصلحة أو من النيابة العامة، حيث نصَّت المادة على ما يلي: "يصدر الحكم بفقدان أو موت المفقود بناء على طلب أحد الورثة"، وجاءت المادة 115 موضحة لعدم إمكانية ميراث المفقود أو قسمة أمواله، حتى يصدر الحكم بموته، وهو ما تَضَمَّنَت المادة بنصّها على: "لا يورث المفقود ولا تقسم أمواله إلاّ بعد صدور الحكم بموته، وفي حالة رجوعه أو ظهوره حيّاً يسترجع ما بقي عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها".

من خلال هذه المواد، يمكن اعتبار المفقود حيّاً خلال فترة فقدانه، طالما لم يصدر حكم قضائي بموته، باستصحاب الحال حتى تقوم البيّنة أو الحكم القضائي على موته، فلا تقسم أمواله بين ورثته، وينفق القاضي منها على زوجته وأصوله وفروعه فقط، وينصّب القاضي مُقَدِّمًا يقبض ديون المفقود ويسير أمواله، وفقا لنصّ المادة 111 من قانون الأسرة التي نصّت على: "على القاضي عندما يحكم بالفقد أن يحصر أموال المفقود وأن يعيّن في حكمه مقدّمًا من الأقارب أو غيرهم لتسيير أموال المفقود ويتسلّم ما يستحقّه من ميراث أو تبرّع مع مراعاة أحكام المادة (99) من هذا القانون"، غير أنّه في صورة ما صدر الحكم القضائي فإنّه توزّع أموال المفقود على مستحقّيها⁽¹⁾.

غير أنّ المفقود إذا رجع فإنّه يسترجع ما بقي عينا من أموال، أو قيمة ما بيع منها طبقا للمادة 115 من قانون الأسرة⁽²⁾.

ب- إذا كان المفقود وارثا.

نصّت المادة 133 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: "إذا كان الوارث مفقودا ولم يُحكَمْ بموته يعتبر حيّاً وفقا لأحكام المادة 113 من هذا القانون"، فوفقا لهذه المادة أخذ المشرّع برأي الجمهور⁽³⁾ خلافا لرأي الحنفية⁽⁴⁾ في ميراث المفقود من غيره، واعتباره حيّاً احتياطاً، فيوقف له نصيبه حتى يتبيّن أمره من حيث ظهوره حيّاً أو بحكم القاضي بموته، فإذا ظهر حيّاً أخذ نصيبه، وإذا كان القاضي قد حكم بموته، فيكون ذلك إمّا بناء على دليل، أو على أساس اجتهاد من القاضي.

- إذا قام الدليل على موته، وكان تاريخ وفاته لاحقا لتاريخ وفاة مورّثه، استحقّ النّصيب الموقوف له واقتسمه ورثته الموجودين وقت وفاته بتاريخ الحكم بموته، أمّا إذا كان تاريخ وفاته سابقا على موت مورّثه، فإنّه لا يرث مورّثه وينصرف نصيبه الموقوف إلى باقي الورثة.

- أمّا إذا حكم القاضي بناء على ما ترجّح لديه من قرائن ودلائل، فإنّه يعتبر ميّتا من تاريخ فقده، لأنّ حياته وقت وفاة مورّثه مشكوك فيها والميراث يبني على اليقين⁽⁵⁾.

(1) مسعود الهلالي. أحكام التركات والموارث في قانون الأسرة الجزائري . ص 216.

(2) العربي بلحاج. المرجع السابق. ص 384 و 385.

(3) القرافي. الذخيرة . ج 13 ص 22؛ الشريبي. مغني المحتاج. ج 3 ص 27؛ ابن قدامة . المغني ج 7 ص 206.

(4) السرخسي. المبسوط . ج 30 ص 54.

(5) مسعود الهلالي . أحكام التركات والموارث في قانون الأسرة الجزائري . ص 218.

3- طريقة ميراث المفقود.

يمكن أن يرث المفقود وفقاً لإحدى الحالات التالية:

أ- الحالة الأولى.

أن يكون المفقود هو الوارث الوحيد فإذا كان كذلك وُقِفَ له كل التركة⁽¹⁾، فإذا ظهر أنه حي أخذ التركة كلها، وإن حُكِمَ بموته انتقل ماله إلى الخزينة العامة، بموجب المادة 180 في فقرتها الرابعة من قانون الأسرة الجزائري.

ب- الحالة الثانية.

أن يحجب المفقود من معه من الورثة حجب حرمان، فتوقف التركة بأكملها ولا يأخذ أي واحد من الورثة نصيبه حتى يفصل في أمر المفقود، فإن ظهر حياً أخذ كل المال، وإن حكم القاضي بموته أخذ كل وارث نصيبه، ومثال ذلك من مات عن: ابن مفقود وأخوين لأُم، فالفرع الوارث المطلق يحجب الإخوة لأُم، فلذلك توقف التركة كلها، فإذا ظهر الابن حياً كانت كلها له⁽²⁾.

ج- الحالة الثالثة.

تظهر هذه الحالة إذا "كان مع المفقود ورثة وارثون، قسمت التركة على افتراضين: افتراض أنه حي، وافتراض أنه ميت، ثم يوحد أصل المسألة في الحالتين، ويوقف له أفضل النصيبين، ويُعطى كل وارث أسوأ النصيبين، ويحفظ ما قد يكون من فروق الأنصاء مع ما وقف للمفقود. فإن ظهر المفقود حياً، أخذ ما وقف له. وإن ثبت موته بعد موت مورثه بالبيّنة، رُدَّ نصيبه الموقوف له إلى ورثته الشرعيين. وإن ثبت موته قبل موت مورثه، أو لم يثبت موته إلا بحكم القاضي، كان ما وقف له حقاً لورثة مورثه"⁽³⁾.

مثال ذلك من مات عن: أم وبنت وأخ شقيق مفقود وابن أخ شقيق، فهذه المسألة تحلّ على فرضين: حيث تحلّ على فرض حياة المفقود، ثم على فرض موته، ثم تكون المقارنة بين أنصبة الورثة؛ فيعطى الورثة أقل نصيب ويوقف للمفقود الأكثر.

من خلال الحالتين يتضح أنّ نصيب الأم والبنت لا يتغيّر، ولذلك تعطى كل واحدة نصيبها، بينما يلاحظ تأثر ابن الأخ الشقيق بالمفقود حيث يحجب على افتراضه حياً، ويأخذ سهمين من ستة على فرض موت المفقود، ولذلك يوقف هذا النصيب حتى التأكد من حياته أو موته، فإذا ظهر حياً أخذ الأخ الشقيق المفقود السهمين ولا شيء لابن الأخ الشقيق لحجبه من طرف الأخ الشقيق، وإذا تأكد موته أخذ العم السهمين بالتعصيب.

(1) العربي بلحاج. أحكام الموارث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات، ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا. ص 388.

(2) مسعود الهلالي. المرجع السابق. ص 218.

(3) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 525.

ومثال من توفي رجل عن: زوجة، وأب، وأم، وبنت، وابن مفقود⁽¹⁾، فتُحلّ المسألة على فرض حياة المفقود تكون الورثة هكذا: زوجة 1/8 ، أب 1/6 ، أم 1/6 ، بنت وابن هما عصبه، وأصل المسألة 24. والسهام 4 4 3 (13) وتصحح المسألة بضرب 3 عدد رؤوس العصبه في 24 أصل المسألة = (72). فتكون السهام بعد التصحيح 9 12 12 39 للابن (26). ثمّ على فرض وفاة المفقود تكون الورثة هكذا: زوجة 1/8 ، وأب 1/6 ، وأم 1/6 ، وبنت 1/2 :الأصل 24. والسهام 3 ، 4 1 12 ، الواحد المضاف للأب هو الباقي تعصيباً. يحفظ للمفقود نصيبه على فرض كونه حياً وهو (26 من 72)، ويعطى لكل من الزوجة والأم نصيبهما، لعدم تغيّره في الحالين، ويعطى لكل من الأب والابنت أبخس النصيبين، ويوقف الباقي. فإن ظهر المفقود حياً أخذ الموقوف له، وإن حكم بموته، كمل نصيب الأب والابنت.

المبحث الثالث: الجوانب الإجرائية في مُطالبة الأقارب بحقّهم في النّفقة والميراث.

إنّ استحقاق الأقارب للنّفقة والميراث بموجب هذه الرّابطة يستدعي تمكينهم من تحصيل حقوقهم بطريقة معيّنة، وعلى هذا الأساس تضمّن المشرّع الجزائري بعض التّفاصيل الإجرائية التي تخوّل لهم اتّباعها بهدف إعطاء كلّ ذي حقّ حقّه، ويكون ذلك بطريقة وديّة، وفي حالة الاختلاف يتمّ الالتجاء إلى القضاء حفاظاً على الحقوق المالية، وتسريع عملية الحصول عليها، لا سيما في ظلّ الاحتياج من جهة، ومن جهة أخرى إمكانية تماطل المطالبين بهذه الأموال، ولذلك سيتمّ تبين الإجراءات المتّبعة للحصول على النّفقة والميراث الخاصّة بالأقارب وفقاً للتّفصيل التّالي:

المطلب الأول: الجوانب الإجرائية في مُطالبة الأقارب بحقّهم في النّفقة.

المطلب الثاني: الجوانب الإجرائية في مُطالبة الأقارب بحقّهم في الميراث.

المطلب الأول: الجوانب الإجرائية في مُطالبة الأقارب بحقّهم في النّفقة.

تُعَدّ النّفقة المستحقّة للأقارب وسيلة هامة لسدّ الاحتياج بين الأقارب، وحماها المشرّع بنصوص قانونية على امتداد العديد من فروع القانون، وعلى هذا الأساس أمكن للدّائن بها المُطالبة بها وفق أُطرٍ إجرائية محدّدة، حتى ينال حقّه، ورصد لها المشرّع عقوبات ردعية حفاظاً على حقّ الدّائنين بها، وزجراً للمدينين المتّعاسين عن أدائها، ويمكن تفصيل ذلك وفقاً للتّفرع التّالي:

الفرع الأول: المُطالبة القضائية بتحصيل النّفقات المفروضة قانوناً.

الفرع الثاني: حماية نظام نفقة الأقارب بموجب التّشريع الجزائري.

الفرع الأول: المطالبة القضائية بتحصيل النفقات المفروضة قانونا.

النفقة واجبة على المكلف بها، وحقّ مُستحقّها، وفقا لما تقتضيه المادة القانونية التي حدّدت مُستحقّها، وعلى هذا الأساس، فإنّ الأصل أن يتمّ دفع النفقات بطريقة ودية، مع ضرورة الإدراك بأنّها سبيل لتعميق العلاقات بين الأصول والفروع، لاسيما إذا ثبت الاحتياج، فجاءت المادة 77 من قانون مُتضمّنة ضرورة نفقة الأصول على الفروع، والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة، وفي حالة امتناع المكلف بها، أتاح القانون مُستحقّها أن يلجأ للمطالبة بها قضائيا.

أولا: الشّروط الواجب مراعاتها في النّفقة المطلوبة قضائيا.

ينبغي في أي حقّ محلّ تنازع قضائي أن يتوفّر على جملة من الشّروط يمكن حصرها فيما يلي:

1- أن تكون النّفقة ثابتة ومستحقّة الأداء.

أي أن تكون مبالغ النّفقة حقّا ثابتا موجودا وغير موقوف على شرط واقف، وأن تكون مستحقّة الأداء وقت طلبها، لأنّ المطالبة بالحقّ الموقوف على شرط أو المعلق على أجل قبل تحقّق الشّروط أو حلول الأجل، يجعل القاضي يحكم بعدم قبول الدّعى إذا دفع المدّعى عليه أو محاميه بعدم القبول.

2- أن تكون النّفقة مشروعة.

أي أن لا يكون طلبها مخالفا للقانون ولا الآداب العامّة، فمشروعية الحقّ هي أساس المطالبة به، فإذا تبين للمحكمة عدم المشروعية، فينبغي عليها الحكم بعدم قبول الدّعى من تلقاء نفسها، إذا تعلّق الأمر بالنّظام العام، أو بناء على طلب المدّعى عليه أو محاميه إذا تعلّق الطلب بالآداب العامّة، ومثال ذلك كأن يطلب أحد الأقارب من غيرالمشمولين بالمادة 77 من قانون الأسرة بالنّفقة على أساس أنّه قريب يستحقّها، أو يطلبها أحد الفروع الذي سقطت نفقته بالكسب مثلا بنفقة أبيه الموسر، فذلك يحول دون استحقاقها.

3- أن لا يكون قد سبق الفصل فيها أو التّصالح بشأنها.

معنى ذلك أن لا يكون مستحقّ النّفقة قد رفع دعوى قضائية يطلب فيها النّفقة وحصل على حكم بذلك، فإذا حصل نزاع وفصلت فيه المحكمة حكم نهائي وباتّ، فلا يمكن للمدّعي أن يرفع دعوى جديدة من أجل المطالبة بها ضدّ الدّائن بها، وبخاصّة إذا كانت الدّعى تضمّ نفس المدّعي ونفس المدّعى عليه، وتوفّرت في الدّعويين وحدة السّبب والموضوع، فيكتسب الحكم الصّادر حجّية على المدّعي، ولا يمكنه إعادة القضية إلى المحكمة، فإن أعادها سهوا أو عمدا، أمكن للمدّعى عليه الدّفع بعدم القبول لسبق الفصل، ويجوز للمحكمة الحكم بعدم قبول الدّعى بعد التأكّد من سلامة الدّفع، وأن تلزم المدّعي بالمصاريف، ويجوز لها أن تحكم للمدّعى عليه بالتّعويض عمّا أصابه من ضرر إذا طلبه وأثبت سببه⁽¹⁾، وعلى هذا الأساس إذا سبق وأن فصلت

(1) عبد العزيز سعد. إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية. ص 56...58.

المحكمة المختصة في قضية نفقة رفعها أحد الأقارب، وحصل على حكم نهائي، فلا يمكنه إعادة رفعها ضدّ قريبه وبنفس السبب.

ثانيا: الشّروط الواجب مراعاتها في أطراف دعوى استحقاق النّفقة.

ينبغي أن تتوفّر في أطراف دعوى المطالبة بالنّفقة شروط معيّنة، الشّان في ذلك شأن كلّ الدّعاوى بضرورة استحضار الصّفة والمصلحة والأهلية، مسaire لما جاءت به نصوص قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة، ولا سيما المادة 13، والمادة 64 و65، ويمكن تفصيلها كما يلي:

1- الصّفة.

يُقصد بذلك وجود علاقة مباشرة تربط أطراف الدّعوى، من مدّعي ومدّعى عليه بموضوع النّزاع⁽¹⁾، حيث ينطبق ذلك على دعوى النّفقة التي يرفعها أحد الأقارب أصلا أو فرعاً ضدّ قريبه، فيتعيّن عليه إثبات صفته في ذلك، من خلال إثبات رابطة القرابة التي تمكّنه من رفع دعواه، في نطاق ما نصّت عليه المادة 77 من قانون الأسرة، فتقوم الصّفة على المصلحة المباشرة والشّخصيّة في التّقاضي، ولا يكفي القاضي بمراعاة الصّفة في المدّعي، بل يتأكّد منها لدى المدّعى عليه كذلك، لأنّه بانتفاءها ترفض الدّعوى⁽²⁾.

2- المصلحة.

تُعتبر من أهم شروط الدّعوى بصفة عامّة، فلا بدّ للمدّعي من مصلحة شخصيّة، قانونيّة، مباشرة، قائمة، وحالّة⁽³⁾، فينبغي أن تكون للمدّعي منفعة يسعى إليها جرّاء التجاّنه لرفع دعواه، فهناك دافع يراه المدّعي جدّيا يستدعي بموجبه أن يرفع دعواه، فلا دعوى من دون مصلحة⁽⁴⁾، فلا يمكن تصوّر انعدام المصلحة في دعوى النّفقة التي يرفعها الأصول ضدّ الفروع أو العكس، حيث أنّ الفائدة المرجوّّة هي تحصيل مبالغ النّفقة المفروضة بموجب القانون على أساس القرابة.

3- الأهليّة.

المقصود بأهليّة التّقاضي هي أهليّة الأداء، وعلى هذا الأساس وجب أن يُراعى في ذلك أحكام القانون المدني ولاسيما المادة 40، فينبغي أن يكون المتقاضي بالغاً تسعة عشر سنة كاملة، وغير محجور عليه، ومُتمتعا بكامل قواه العقليّة، وفي حالة تخلف أحد هذه الشّروط ينوبه ممثل قانوني، ويكون ذلك من طرف

(1) سائح سنقوقة. شرح قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة. دارالهدى، عين مليلة، الجزائر، 2011. ج 1 ص 46.

(2) عبد الرحمان بربارة. المرجع السابق. ص 35 و36.

(3) عبد العزيز سعد. إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائيّة. ص 54.

(4) عبد الرحمان بربارة. المرجع السابق. ص 38.

وكيل بوكالة رسمية، ويشمل ذلك الولي أو الوصي أو القيم، مع الأخذ بالاعتبار أنّ شرط الأهلية يعتبر شرطا لصحة انعقاد الخصومة بين المتخاصمين⁽¹⁾.

ثالثا: الجهة القضائية النّازرة في دعوى استحقاق النفقة.

إذا توقّرت شروط رفع الدّعى في من يدّعي أنّه يستحقّ النفقة، على أساس أنّه أصل أو فرع للمدين بها، ومع مراعاة أحكام المادة 77 من قانون الأسرة، فذلك يتيح له إمكانية رفع دعوى نفقة، من خلال إيداع عريضة افتتاح الدّعى، أمام قسم شؤون الأسرة للمحكمة الابتدائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن الدّائن بالنفقة، مع مراعاة ما جاء به تفاصيل المادة 15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي تضمّنت التفاصيل التي ينبغي مراعاتها في العريضة، وضرورة التبليغ الرسمي للمدّعى عليه بنسخة من العريضة عن طريق المحضر القضائي، الذي يحزّر محضرا بذلك، وفقا للمادتين 18 و 19 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

فيُمكن للشخص المُستحقّ للنفقة أن يرفع دعواه أمام قسم شؤون الأسرة، وفقا للمادة 423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي حدّدت الاختصاص النوعي للقسم فنصّت على: "ينظر قسم شؤون الأسرة، على الخصوص في الدّعاوى الآتية: 2.../ دعوى النفقة والحضانة وحقّ الزيارة".

فقسم شؤون الأسرة هو القسم المخوّل قانونا دون سواه بالفصل في قضية نفقة الأقارب، فإذا رفعت الدّعى أمام قسم آخر فلا يمكنه الفصل فيها، كما لا يمكنه الدّفع بعدم الاختصاص النوعي، بل ينبغي عليه إحالتها عن طريق أمانة الضبط إلى قسم شؤون الأسرة، وأن يتمّ إخبار رئيس المحكمة بذلك وفقا للفقرة الأخيرة من المادة 32 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

كما حدّد نفس القانون الاختصاص الإقليمي للمحكمة النّازرة في قضية النفقة من خلال المادة 426 التي نصّت على: "تكون المحكمة مختصة في: 5.../ في موضوع النفقة الغذائية بموطن الدائن بها".

فالمحكمة التي يمكن رفع دعوى النفقة أمامها وتكون مختصة فعليا في الفصل فيها، محليا ونوعيا ليست المحكمة الكائن بدائرة اختصاصها موطن أو مسكن المدّعى عليه المدين بالنفقة، وإنّما المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن أو مسكن المدّعي المطالب بالنفقة⁽²⁾.

ويُعدّ ذلك استثناء من الإطار العام، بغية الحفاظ على حقّ الدّائن بالنفقة من خلال إعفائه من التّنقل إلى موطن المدين بالنفقة، توفيراً للمال الذي قد يصرفه في التّقاضي أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدين بها، ذلك ما شملته أيضا المادة 40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الفرع الثاني: حماية نظام نفقة الأقارب بموجب التشريع الجزائري.

(1) عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 54.

(2) عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ص 108.

لقد تضمّن قانون الأسرة الجزائري الحديث عن نظام نفقة الأقارب وجاءت نصوصه مقتضبة من حيث تبين تفاصيله ولا سيما شروطه وضوابط استحقاقه، وأحاطه بجملة من الضمانات لحمايته من التعدي صونا لحقوق الأصول والفروع وحفاظا على نسيج الأسرة في ظلّ الصّراعات الفردية حول تجميع المال بكلّ الصيغ، دون مُراعاة لعمق العلاقة الأسرية التي يعدّ الحفاظ عليها أهم من الأموال، ولهذا ينبغي تبين كيفية حماية نظام نفقة الأقارب في التشريع الجزائري، وكذا إمكانية سقوط هذه النفقة بانتفاء دوافعها وفقا لأطر معينة يمكن تفصيلها كما يلي:

أولا: المُرَاعَى في جريمة الامتناع عن دفع نفقة الأقارب.

إذا صدر حكم نهائي بالنفقة على المكلّف بها فإنّه يُصبح مسؤولا على التّنفيد، وفي حالة امتناعه عن دفعها فإنّه يعدّ قد ارتكب جريمة في نظر القانون، فينتقل النزاع بين المدّعي المستحقّ لها، والمدّعى عليه المكلّف بها إلى الشقّ الجزائي من المتابعة، ولذلك ينبغي تفصيل الجوانب الجزائية في ظلّ امتناع المدين بالنفقة عن أدائها.

1- طبيعة دين النفقة.

جاء تجريم عدم دفع النفقة بصفة عامّة في نطاق المادة 331 من قانون العقوبات الجزائري، ولكن النصّ على مكوناتها تضمّنته المادة 78 من قانون الأسرة من حيث اشتغالها على الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وكلّ ما يدخل في نطاق الضّروريات بحسب العرف والعادة، بينما تضمّن النصّ باللّغة الفرنسية النفقة الغذائية فحسب، ونفس الشّيء تضمّن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ولذلك ينبغي تبين المقصود بها.

فأمام هذا التّمايز بين المفهومين كانت قرارات المحكمة العليا مُتأرجحة، حيث حصرتها القرارات الصّادرة قبل 2006 في النفقة الغذائية، حيث قوّمت الأمر بعد ذلك وأدرجت ضمنها المشتملات الأخرى للنفقة.

كما أنّ المفارقة تظهر من خلال نصّ المادة 331 من قانون العقوبات باللّغة العربية، ما يقابلها في النصّ الفرنسي، فتضمّن النصّ العربي: "عن تقديم المبالغ المقرّرة قضاء لإعالة أسرته، وعن أداء كامل النفقة المقرّرة عليه"، وتضمّن النصّ الفرنسي من امتنع عن تقديم كل المبالغ التي حدّدها القاضي وعن أداء كامل النفقة المقرّرة عليه.

فالنفقة الواجبة للأقارب قائمة على أساس رابطة القرابة في إطار المادة 77 من قانون الأسرة، وفي حالة انحلال الرّابطة الزوجية يستفيد منها الأولاد، بحسب الجنس، بالنسبة للذكور إلى سنّ الرّشد، وبالنسبة للإناث إلى الدّخول، وفقا لنصّ المادة 75 من قانون الأسرة⁽¹⁾.

كما أنّ دين النفقة يدخل في نطاق حقوق الامتياز، لا سيما تلك الواجبة على المدين لأقاربه لسته أشهر الأخيرة وهو ما جاء في المادة 2/993 من القانون المدني الجزائري: "النفقة الواجبة على المدين لأقاربه عن

(1) أحسن بوسقيعة. الوجيز في القانون الجزائري الخاص. ج 1 ص 177 و 178.

الأشهر الستة الأخيرة، على أن تستوفي هذه المبالغ مباشرة بعد حقوق الإمتياز الخاصة على منقول معين بالذات".

2- شروط قيام جريمة الامتناع عن دفع النفقة.

يُعدّ أداء مبالغ النفقة ملزماً للمكلف بها أيّاً كانت صفته، ولا سيما إذا جمعت بينه وبين مستحقّها قرابة، فتجب نفقة الأصل على الفرع، كما تجب نفقة الفرع على الأصل، وقد تضمنت المادة 331 من قانون العقوبات الجزائري جزاءات مُغلّظة للمتقاعس عن دفع هذه المبالغ المقرّرة بموجب حكم قضائي، ويمكن تبين شروط اعتبار الامتناع عن دفع النفقة جريمة كما يلي:

أ- وجود حكم قضائي.

من أهم أحكام المادة 331 من قانون العقوبات أنّها تضمنت وجود شرط صدور حكم قضائي، صادر من الدرجة الأولى أو الثانية وتمّ تبليغه إلى المحكوم عليه، ويكون قد حاز قوّة الشيء المقضي فيه، ولا يمكن الطعن فيه بأيّ طريقة من طرق الطعن العادية أو غير العادية، أو صدور حكم عن هيئة أجنبية يكون ممهوراً بالصيغة التّنفيدية وفقاً لما جاءت به المادة 605 من قانون الإجراءات المدنيّة والإدارية وما بعدها، أو قرار قضائي صادر عن جهة القضاء استعجالي، بصرف النظر عن أنّ هذا القرار قد صدر بصيغة أمر أو حكم، مادام قابلاً قانوناً للتّنفيد المؤقّت أو المعجل رغم المعارضة والاستئناف⁽¹⁾، وتبقى النفقة مستحقّة خلال الفترة الممتدّة من صدور الحكم إلى غاية صدور حكم قضائي لاحق يقضي بإلغائها أو تخفيضها، فهذا الحكم ليس له أثر رجعي ولا يترتّب عليه أي أثر على الجريمة⁽²⁾.

ب- الإمتناع العمدي عن دفع مبالغ النفقة.

معنى ذلك أن يستهتر المحكوم عليه بالنفقة بالقرار الصّادر ضده في صيغة حكم أو أمر، ويتعمّد تجاهله، وهو ما يؤدّي إلى عرقلة تنفيذ الأحكام القضائيّة النهائيّة، مع الأخذ بعين الاعتبار أنّه لو كان الدّافع للامتناع عن أداء النفقة ليس الاستهانة بالحكم القضائي بل لعذر شرعي مقبول، كالاستشكال في التّنفيد أو لخطأ في الحكم، ففي هذه الحالات ينتفي عنصر الامتناع العمدي، وبالتالي لا تقوم الجريمة، ولا يمكن للمحكمة على إثر ذلك أن تقضي بإدانة المتهّم، بسبب عدم توقّرية العمد لقيام جريمة الامتناع عن النفقة⁽³⁾. غير أنّ القانون يفترض سوء النية في امتناع المحكوم عليه بدفع النفقة، وعلى المتهّم أن يثبت العكس، فلا يقع عبء إثبات توقّر عنصر التعمّد على النيابة العامّة، خلافاً للقواعد العامّة للإثبات في قانون الإجراءات الجزائيّة، بل على المتهّم إثبات أنّه لم يكن سيّء النية⁽⁴⁾.

(1) عبد العزيز سعد. الجرائم الواقعة على نظام الأسرة. ص 25 و 26 .

(2) أحسن بوسقيّة. الوجيز في القانون الجزائي الخاص. ج1 ص 179 و 180.

(3) عبد العزيز سعد. المرجع السابق. ص 26 .

(4) أحسن بوسقيّة. المرجع السابق. ج1 ص 185.

على هذا الأساس جاء نص المادة 331 متضمنًا فكرة افتراض أن عدم الدّفع عمدي مالم يثبت المتهم العكس، كما أنّ الإعسار الناتج عن الاعتياد على سوء السلوك، أو الكسل، ليس عذرا مقبولا منه.

ج- الإمتناع العمدي لمدة تزيد عن شهرين.

يجب أن يكون الامتناع عن دفع النفقة قد طال مدة تزيد عن شهرين متتاليين دون انقطاع، حيث يتعمّد عدم الوفاء بها تجاه أصوله أو فروعه دون مبرر شرعي⁽¹⁾، على أن يبدأ سريان هذه المدة ابتداء من تاريخ تبليغ الحكم النّافذ المتضمّن دفع النفقة إلى المحكوم عليه، مع مراعاة أحكام المادة 612 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي نصّت على: "يجب أن يسبق التنفيذ الجبري، التبليغ الرسمي للسند التنفيذي وتكليف المُنفذ عليه بالوفاء، بما تضمّنه من السند التنفيذي في أجل خمسة عشر (15) يوما"، ولا يكون الحكم قابلا للتنفيذ إلّا بعد تبليغه رسميا وفقا للمادة 406 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وانقضاء آجال المعارضة والاستئناف، مع استثناء الأحكام المشمولة بالنفاذ المعجل والأوامر الاستعجالية التي تكون قابلة للتنفيذ رغم المعارضة والاستئناف وفقا للمادة 612 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فالمستفيد من النفقة ليس ملزما بتبليغ الحكم، لكنّه ملزم بتبليغ الحكم الممهّور بالصيغة التنفيذية للمحكوم عليه وتكليفه بالوفاء⁽²⁾.

د- تخصيص المبالغ المحكوم بها لإعالة أسرة المتهم أو أقاربه.

يجب أن تكون المبالغ المحكوم بها ضدّ المتهم مخصّصة لإعالة أفراد الأسرة بمفهومها الضيق والموسّع، بما في ذلك نفقة الفروع على الأصول والعكس، وبالمفهوم المخالف إذا كانت المبالغ المحكوم بها لا تتعلّق بهذا الحقّ ولا سيما إذا كان الفروع أو الأصول ليسوا من المشمولين بنصّ المادة 77 من قانون الأسرة، كأن تكون المبالغ دينا للمحكوم عليه لأحد أصوله أو فروعه، فإنّ ذلك يحول دون إدانته بالامتناع عن أداء النفقة المخصّصة للأقارب.

وقد أشار المشرّع المغربي على العكس من المشرّع الجزائري إلى وجوب أن يتمّ الفصل في قضايا النفقة في أجل شهر، وفقا للمادة 190 من المدوّنة، وزاد في ترتيب مُستحقّها بحسب الاحتياج إذا ثبت عدم قدرة الدّائن في دفعها، حيث تقدّم الزّوجة، ثمّ الأولاد الصّغار ذكورا وإناثا، ثمّ البنات، ثمّ الذّكور من أولاده، ثمّ الأم، ثمّ الأب، وهذا ترتيب من المشرّع المغربي في ظلّ عدم قدرة المكلّف بالنفقة كفاية جميع مستحقّها⁽³⁾.

وتضمّن المشرّع التونسي نفس الفكرة المنصّبة حول ترتيب مُستحقّي النفقة من الأقارب في حال تعدّدهم بأن قدّمت الزّوجة على الأولاد والأولاد الصّغار على الأصول، وفقا للفصل 53 من المجلّة.

ثانيا: تجريم الامتناع عن تأدية نفقة الأقارب في التشريع الجزائري.

(1) عبد العزيز سعد. المرجع السابق. ص 26 .

(2) أحسن بوسقيعة. الوجيز في القانون الجزائري الخاص. ج 1 ص 181.

(3) محمد الأزهر. شرح مدوّنة الأسرة. ص 193.

إعتبر المشرع الجزائري تقاعس الدائن بدفع النفقة المحكوم بها قضائيا جريمة، وخصّها بنصوص عقابية تجريبية تعكس حرصه على تمكين الدائن بها من صون حقّه، مع مراعاة بعض التفاصيل وفقا لما يلي:

1- إثبات الامتناع عن دفع النفقة المحكوم بها قضاء.

قبل أن يلتجئ صاحب الحق في النفقة من أقارب المكلف بها لمباشرة الإجراءات الجزائية، بُغية جبره على تنفيذ الحكم الصادر باستحقاقها، عليه أن يقيم الدليل على ما يدّعيه، فقد يُحاول المحكوم عليه الادعاء بأنّه لم يصدر ضده حكم بهذا الشأن، أو أنّه لم يبلغ هذا الحكم، كما يمكنه أن ينفي امتناعه عن دفع المبالغ المخصّصة للنفقة، ولذلك ينبغي مراعاة عدّة جزئيات لإثبات تقصيره وفقا لما يلي:

أ- صدور حكم قضائي حائز لحجية الشيء المقضي به.

ب- إثبات تبليغه رسميًا بالحكم بموجب محضر يحزره المحضر القضائي.

ج- إثبات امتناعه عن الدّفع بموجب محضر امتناع يحزره المحضر القضائي.

باستحضار هذه الشّروط يمكن إثبات أنّ المدّين بالنفقة لأحد أقاربه يعدّ مُقصرًا في دفعها وينبغي متابعتها قضائيا وفقا لما يقتضيه القانون⁽¹⁾.

2- المتابعة القضائية للمتقاعس عن دفع النفقة.

بعد استكمال جميع الشّروط التي يتطلّبها القانون لثبوت جريمة الامتناع عن دفع النفقة المقرّرة لأحد الأقارب ضدّ أصوله أو فروعه، يمكن للدائن بها مباشرة الإجراءات الجزائية بغرض متابعة القريب المتقاعس عن دفعها، أمام الجهة القضائية المختصة نوعيًا وإقليميًا، وإمكانية تعرّض المُمتنع عن دفعها لعقوبات قانونية.

أ- الجهة القضائية المختصة بنظر الجريمة.

تدخل جريمة الامتناع عن دفع النفقة في نطاق الجرائم المتتالية، فجنحة عدم تسديد النفقة جنحة مستمرة، وعلى هذا الأساس فالمتهم المماطل في دفع النفقة المحكوم بها عليه قضاء، يبقى مرتكبًا لهذه الجنحة إلى حين الوفاء التّام بالدين الواجب الأداء⁽²⁾.

على هذا الأساس بإمكان المتضرّر من عدم دفع قريبه للنفقة، أن يرفع ضده دعوى قضائية أمام قسم الجنح والمخالفات، ويكون الاختصاص الإقليمي للمحكمة وفقا لنصّ المادة 329 من قانون الإجراءات الجزائية، إمّا محكمة موطن المتهم، أو محكمة مكان وقوع الجريمة، أو محكمة مكان القبض عليه، كما تضمّنت المادة 331 من قانون العقوبات الإشارة إلى محكمة موطن أو محل الشّخص المقرّر له قبض النفقة. فمن خلال ذلك يتّضح أنّ المحكمة المخوّلة قانونا بالنظر في هذه الجريمة بموجب قانون العقوبات، هي إمّا محكمة الموطن الدائم أو المعتاد للشّخص صاحب الحق في طلب النفقة أو المستفيد من الحق في المعونة

(1) عبد العزيز سعد. الجرائم الواقعة على نظام الأسرة. ص 28.

(2) أحسن بوسقيعة. الوجيز في القانون الجزائي الخاص. ج1 ص 186.

المالية، أو محكمة مكان إقامة أحدهما إقامة مؤقتة، فيمكن للمدعي أن يستدعي المدعى عليه ويقاضيه جزائيا عن طريق النيابة العامة أمام المحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها الإقليمي مسكن المدعي المعتاد أو محل إقامته إن كان له محل إقامة مؤقت معروف، فيمكن للمدعي تقديم تقديم شكوى كتابية أو شفوية مرفوعة بنسخة من الحكم إلى أحد ضباط الشرطة القضائية أو إلى وكيل الجمهورية الموجودين ضمن دائرة اختصاص المحكمة التي يوجد للمدعي مسكن معتاد أو محل إقامة مؤقت بها، طالبا اتخاذ الإجراء اللازم ضد القريب المدعى عليه، وله أيضا أن يطلب التعويض عما لحقه من ضرر بسبب الامتناع عن دفع النفقة⁽¹⁾.

يمكن ملاحظة أنّ المشرع قد تبني نفس الخيار التشريعي من خلال اعتماده على فكرة رفع الدعوى المتعلقة بالنفقة أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعي، في شقها المدني أمام قسم شؤون الأسرة، وفي شقها الجزائي أمام قسم الجنج، وذلك واضح من خلال نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وكذا قانون العقوبات، والغرض من ذلك هو تيسير إجراءات التقاضي على المدعي الدائن بالنفقة، وكذا توفير الأعباء المالية التي تنجم عن تنقله إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن الدائن بالنفقة، صونا له من بذل الأموال المحصلة من النفقة في مصاريف التنقل.

ب- العقوبة المخصصة للجريمة.

ضمّ قانون الأسرة الجزائري الخطوط العريضة لنفقة الأقارب، غير أنّه لم يضع النصوص العقابية في صورة ماتمّ التعدي على نظام نفقة الأقارب، تاركا الأمر للشقّ الجزائي من التشريع، لا سيما قانون العقوبات الذي نصّت المادة 331 منه على مايلي: "يُعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى ثلاث (3) سنوات و بغرامة من 50.000 دج إلى 300.000 دج كل من امتنع عمدا و لمدة تجاوز شهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته، وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعه وذلك رغم صدور حكم ضده بالزامه بدفع نفقة إليه ويفترض أنّ عدم الدّفع عمدي ما لم يثبت العكس، ولا يعتبر الإعسار الناتج عن الاعتياد على سوء السلوك أو الكسل عذرا مقبولا من المدين في أية حالة من الأحوال.

دون الإخلال بتطبيق أحكام المواد 37 و 40 و 329 من قانون الإجراءات الجزائية تختص أيضا بالحكم في الجنج المذكورة في هذه المادة محكمة موطن أو محل الشخص المقرّر له قبض النفقة أو المنتفع بالمعونة و يضع صفح الضحية بعد دفع النفقة المستحقة حداً للمتابعة الجزائية".

فواضح أنّ المادة قد جمعت بين نفس العقوبة المقررة ضدّ الشخص الذي يتقاعس على تأدية النفقة، رغم صدور حكم بذلك إلى زوجته، كما إلى فروعه أو أصوله، فقرّرت نفس العقوبة لنفس الجريمة، وعلى هذا الأساس يجب لتحقيق هذه العقوبة، توقّف نفس الضوابط التي تحكم النفقة المحكوم بها قضا لصالح الزوجة، من حيث ضرورة وجود الحكم القضائي النافذ، وضرورة تبليغه للمسؤول على النفقة، الذي يُشترط فيه أيضا أن لا يكون قد دفع مبلغ النفقة كاملا، فضلا عن تجاوز فترة عدم الدّفع للشهرين، وأن يتوقّف في

(1) عبد العزيز سعد. المرجع السابق. ص 28 و 29.

ذلك القصد الجنائي، حيث أنّ سوء النية مفترضة في جنحة عدم تسديد النفقة، من خلال الفقرة الثانية من المادة 331، فلا يقع عبء الإثبات على النيابة العامة، بل على المتهم إثبات أنّه لم يكن سيء النية، والإعسار هو السبب الوحيد المقبول فعلا كمبرر لعدم تسديد النفقة وعلى هذا الأساس وجب أن يكون الإعسار كاملاً⁽¹⁾.

كما أنّه وبتفحص المادة 332 من قانون العقوبات يمكن لمس مدى تشدّد المشرّع بشأن تأدية النفقة، ولا سيما نفقة الأقارب حيث نصّت على: "ويجوز الحكم علاوة على ذلك على كل من قضي عليه بإحدى الجنح المنصوص عليها في المادتين 330 و331 بالحرمان من الحقوق الواردة في المادة 14 من هذا القانون من سنة على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر"، فواضح أنّها عقوبات تكميلية لعقوبة الحبس والغرامة المالية، فنصّت المادة 14 من قانون العقوبات على: "يجوز للمحكمة عند قضائها في جنحة، وفي الحالات التي يحددها القانون، أن تحظر على المحكوم عليه ممارسة حقّ أو أكثر من الحقوق الوطنية المذكورة في المادة 9 مكرراً، وذلك لمدة لا تزيد عن خمس (5) سنوات. وتسري هذه العقوبة من يوم انقضاء العقوبة السالبة للحريّة أو الإفراج عن المحكوم عليه".

هذا وفصّلت المادة 9 مكرراً من قانون العقوبات هذه العقوبات كما يلي: "يتمثل الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية في: 1- العزل أو الإقصاء من جميع الوظائف والمناصب العمومية التي لها علاقة بالجريمة، 2- الحرمان من حقّ الانتخاب أو الترشح ومن حمل أي وسام، 3- عدم الأهلية لأن يكون مساعداً محلفاً، أو خبيراً، أو شاهداً على أي عقد، أو شاهداً أمام القضاء إلا على سبيل الاستدلال، 4- الحرمان من الحقّ في حمل الأسلحة، وفي التدريس، وفي إدارة مدرسة أو الخدمة في مؤسسة للتعليم بوصفه أستاذاً أو مدرساً أو مراقباً، 5- عدم الأهلية لأن يكون وصياً أو قيماً، 6- سقوط حقوق الولاية كلّها أو بعضها".

كما أنّ المادة 3 مكرّر من قانون الأسرة جعلت من النيابة العامة طرفاً في قضايا شؤون الأسرة، فيمكنها أن تباشر الدّعى متى كان ذلك ممكناً⁽²⁾، على أن يُراعى في ذلك الشّروط العامة الواجب توفّرها في دعوى دفع النفقة من حيث ميعاد الشّهرين، ورفع الشكوى من الضحية، وامتناع المتهم عن دفعها برغم صدور حكم بذلك وتبليغه.

من خلال فحص المعالجة التشريعية لنفقة الأقارب، يتّضح أنّها جاءت موزّعة عبر قانون الأسرة الذي وضّح الإطار العام لها من حيث الضوابط والأنواع، وترك تقرير العقوبات المترتبة عن الامتناع عن دفع النفقة المحكوم بها قانوناً والمقرّرة للأقارب ضمن قانون العقوبات، وهو الأمر الذي لا يمكن تفسيره، خاصّة وأنّه كان من الأفضل جعل تلك العقوبة في نطاق فقرة تابعة لمواد النفقة في صلب قانون الأسرة، وفي الإطار العام

(1) أحسن بوسقيعة. الوجيز في القانون الجنائي الخاص - الجرائم ضد الأشخاص والجرائم ضد الأموال. ج1 ص 172.

(2) أحسن بوسقيعة. المرجع نفسه. ج1 ص 164.

لأحكام المادة 124 من القانون المدني التي تضمنت الإشارة إلى أحكام المسؤولية التقصيرية، خاصة لما يتعلق الأمر بإهمال نفقة الأصول من طرف الفروع، فكان من الأليق أن تُعنى نفقتهم بأهمية أكبر من المشرع عبر تخصيص مواد بعينها تُجبر الأولاد الموسرين بالنفقة على أصولهم انفراديا أو بالتضامن⁽¹⁾.

فكان الامتناع عن أداء النفقة المقررة قضاء للأصول أو الفروع، جريمة تندرج ضمن نطاق الجرائم المتعلقة بالتخلي عن الإلتزامات الأبوية والقرابة الواردة في المادة 36 من قانون الأسرة، ولا سيما المواد من 74 إلى 77⁽²⁾.

تظهر فكرة أخرى، تتمثل في إمكانية فرض القاضي على المتهم بعد إدانته بجنحة عدم تسديد النفقة، دفع مبلغ النفقة غيرالمسددة للضحية، وفي هذا النطاق فالكلام يكون عن دين سابق على الجنحة، وعلى هذا الأساس لا يكون القاضي الجزائي مُختصا للحكم على المتهم بتسديد مبلغ النفقة، على أساس أن المادة الثانية من قانون الإجراءات الجزائية تشترط استناد الضحية في طلب التعويض إلى ضرر مباشر أدى لوقوع الجريمة، وذلك بنصها على: "يتعلق الحق في الدعوى المدنية للمطالبة بتعويض الضرر الناجم عن جنحة أو جنحة أو مخالفة بكل من أصابهم شخصا ضرر مباشر تسبب عن الجريمة"، بينما يجوز للقاضي الجزائي الحكم للضحية في جنحة عدم تسديد النفقة بالتعويض عن الأضرار الناتجة عن ارتكاب الجريمة⁽³⁾.

3- أثر صفح الضحية عن المتابعة القضائية.

تضمن تعديل قانون الإجراءات الجزائية فكرة مهمة تتعلق بإمكانية صفح الضحية بعد دفع المبالغ المحكوم بها قضائيا، وهو ما يضع حدا للمتابعة الجزائية، ويتعلق الأمر بضرورة دفع كل المبالغ المستحقة، وصفح الضحية، وهو ما شمله أيضا قرار المحكمة العليا الذي نص على: "يضع صفح الضحية، بعد دفع مبالغ النفقة المستحقة، حدا للمتابعة الجزائية"⁽⁴⁾، من خلال هذا القرار يتضح ضرورة اقتران الصفح بدفع المدين للمبالغ المستحقة عليه، فلا يكفي الصفح لإسقاط التهمة عن المتهم طالما لم تتم تسوية الدين نهائيا وبكامل المبالغ المحكوم بها قضائيا.

4- عدم إدراج نفقة الأقارب في نطاق صندوق المطلقة.

يمكن ملاحظة فكرة تستدعي إعادة النظر في الهدف الحقيقي المرجو من إنشاء صندوق النفقة، خاصة وأنه من خلال تسميته يتضح أنه يتعلق بالنفقة، التي هي تنوع بحسب مواد قانون الأسرة، ولا تخص فردا واحدا تحديدا دون غيره، وهو المشكل الذي استحدثه هذا القانون بتمكين المرأة المطلقة والطفل المحضون،

(1) الرشيد بن شويخ. شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل. ص 157 .

(2) عبد العزيز سعد. الجرائم الواقعة على نظام الأسرة. ص 24 .

(3) أحسن بوسقيعة. الوجيز في القانون الجنائي الخاص - الجرائم ضد الأشخاص والجرائم ضد الأموال. ج1 ص 174 و 175.

(4) المحكمة العليا - غرفة الجناح والمخالفات - قرار صادر بتاريخ 2009/03/25 - ملف رقم 442278 - (المجلة القضائية لسنة 2009. العدد الثاني. ص 377).

من نفقة هذا الصندوق، وبالتالي استبعاد الأصول من مزاياه، لأن النص على الطفل المحضون يعني بالضرورة حدوث الطلاق، وبالتالي عدم إمكانية مطالبة الأولاد الثابت نسبهم لأصلهم بموجب زواج شرعي وقانوني المطالبة بالنفقة عبر هذا الصندوق، ما لم يكونوا محضونين.

إنّ الملاحظ للنصوص التشريعية المتضمنة للنفقة بشكل عام، أنّها جاءت موحدة في موضوعها من حيث مُشمّلاتها، وكذا من إجراءات تحصيلها وكذا للعقوبات الرادعة للمتقاعس عن دفعها، بصرف النظر عن المدين بها سواء كان زوجا، أو فرعا أو أصلا للدائن بها، وبعد ذلك ينفرد قانون صندوق النفقة بنصّه على المطلقة والمحضونين كمستحقّين لها دون سواهم.

كان من الأجدر أن يكون الصندوق في خدمة جميع مستحقّي النفقة، أيّا كانت صفاتهم، طالما أنّه سوف يصبح دائما في مواجهة المدين به، زوجا كان أو فرعا أو أصلا للدائن بها، ولذلك كان هذا القانون محلّ نقد واسع على أنّه تشجيع ضمني لفكرة الطلاق، من طرف المرأة خاصة بطريق الخلع، بالرغم من سعيه للحفاظ على كرامة المرأة المطلقة وأولادها وكفائتهم ماديا؛ وعلى هذا الأساس يجب توسيع شرائح الفئات المستفيدة منه لتشمل الأصول والفروع في تجانس مع ما يتضمّنه التشريع الجزائري ممثلا في قانون الأسرة، وقانون العقوبات من النفقة.

كما أنّ اتفاقية حقوق الطفل أشارت إلى ضرورة مساهمة الدولة في إعانة المكلفين بالنفقة على الطفل ولا سيما الوالدين، وعدم حصرها على المطلقات وأولادهم، وهو ما تضمّنته المادة 27 في فقرتها الثالثة بنصّها على: "تتخذ الدول الأطراف، وفقا لظروفها الوطنية وفي حدود إمكانياتها، التدابير الملائمة من أجل مساعدة الوالدين وغيرهما من الأشخاص المسؤولين عن الطفل، على إعمال هذا الحق وتقديم عند الضرورة المساعدة المادية وبرامج الدعم، ولا سيما فيما يتعلق بالتغذية والكساء والإسكان."

وهو ما تبنّاه المشرّع الجزائري من خلال المادة الخامسة من قانون حماية الطفل، من خلال المادة الخامسة التي نصّت على: "تقدّم الدولة المساعدة المادية اللازمة لضمان حقّ الطفل في الحماية والرعاية".

المطلب الثاني: الجوانب الإجرائية في مطالبة الأقارب بحقّهم في الميراث.

إنّ استحقاق الأقارب للميراث ثابت بموجب نصوص شرعية وتشريعية، وعلى هذا الأساس وجب مراعاة بعض التفاصيل الإجرائية لتحصيل حقوقهم، وهذه الإجراءات شملها التشريع الجزائري ولا سيما قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ولذلك ينبغي تفصيل ذلك كما يلي:

الفرع الأول: ضرورة حصر مُشمّلات التركة.

الفرع الثاني: انتقال التركة إلى الورثة وكيفية قسمتها.

الفرع الأول: ضرورة حصر مُشمّلات التركة.

ينبغي قبل قسمة التركة إخراج بعض الحقوق بالموّث وبغيره، حتى تتمّ تصفية التركة والوصول إلى المقدار الصّافي الذي يرثه المستحقّون من الأقارب، ويتعلّق الأمر بالوصايا التي يتركها المورث، وكذا ديون لدى الغير، فضلا على بعض المصاريف التي تستلزمه عملية التّجهيز والدّفن للمورث، وهو ما أشار إليه المشرّع الجزائري في المادة 180 من قانون الأسرة، بنصّها على: "يؤخذ من التركة حسب التّرتيب التّالي: 1- مصاريف التّجهيز، والدّفن بالقدر المشروع. 2- الدّيون الثّابتة في ذمّة المتوفّي. 3- الوصيّة..."، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا من خلال قرارها الذي نصّ على: "يؤخذ من التركة مصاريف تجهيز الميت بالقدر المشروع، ديون الميت، الوصيّة الصّحيحة النّافذة، ثمّ الموارث بحسب ترتيبها في القانون"⁽¹⁾، ويمكن تدقيق ذلك كما يلي:

أولاً: مصاريف تجهيز الميت.

تُعدّ مصاريف تجهيز الميت وتكفينه ودفنه مُقدّمة على باقي حقوق الورثة، ومُقدّمة كذلك على باقي الدّيون المترتبة على التركة، وعلى الوصيّة الموصى بها، فمصاريف تجهيز الميت يتعيّن إخراجها من الأموال المكوّنة للتركة بالقدر المشروع قبل قسمتها على الورثة⁽²⁾.

فيتعيّن تجهيز الميت من خلال الإنفاق عليه من وقت وفاته إلى حين دفنه، كنفقات الغسل، والتّكفين، ونقل الجنازة، وثمان القبر، ومبالغ التّعزية، وغير ذلك ممّا يقتضيه العرف الذي لا يخالف الشّرع، فيعدّ التّجهيز من حاجات الإنسان الأساسية، ولذلك يقدّم على باقي الحقوق ولاسيما الدّيون، واشترط المشرّع الجزائري في مصاريف التّجهيز والدّفن أن تكون في حدود القدر المشروع، من غير إسراف ولا تقتير، ويراعى أيضا في ذلك حال الورثة وخاصّة الصّغار منهم، والابتعاد عن البِدع والتّكلّف، من إقامة للمآتم، وحفلات التّشيع، وما يدفع لبعض المرتلين والمُنشدين، فكلّ هذه المبالغ لا تدخل في إطار نفقات التّجهيز، لأنّها ليست لازمة شرعا، فمن يُنفق شيئا من هذه النّفقات من الورثة فهو ضامن، وبحسب من ماله الخاص، وإن كان متبرّعا فلا يلزم الورثة بشيء⁽³⁾.

ثانيا: الدّيون الناشئة في ذمّة الميت قبل وفاته.

بالنسبة للدّيون المتعلّقة بزمّة الميت، والتي لزمته في حال حياته، من مصاريف علاجه حين مرضه وغيرها من الدّيون الثّابتة، فيجب إخراجها من أموال التركة قبل القيام بالإجراءات المتعلّقة بتنفيذ الوصيّة.

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 1993/12/22- ملف رقم 102567 - (المجلة القضائية لسنة 1994. العدد الثالث. ص 22).

(2) عبد العزيز سعد. إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية . ص 216 و 217.

(3) العربي بلحاج . أحكام التركات والموارث على ضوء قانون الأسرة الجديد . ص 78...80.

وتكتسي الضرائب التي كان المورث مدينا بها أهمية من حيث اعتبارها ديناً ممتازاً، وهو ما أشار إليه قرار المحكمة العليا الذي نصّ على: "لإدارة الضرائب حقّ في امتياز في استيفاء المبالغ المستحقة للخزينة العامة من الأموال المثقلة بهذا الامتياز في أي يد كانت، وقبل أي حقّ آخر، ولو كان ممتازاً أو مضموناً برهن رسمي"⁽¹⁾. ويخرج من نطاق هذه الحقوق التعويض عن الأضرار، وهو ما وضّحه قرار المحكمة العليا الذي نصّ على: "من المقرّر قانوناً وشرعاً بأنّ التعويض عن الأضرار ليس إرثاً ولا يدخل ضمن عناصر التركة، ويمكن أن يحكم به لكلّ من طلبه، على شرط أن يثبت هذا الضرر لدى قضاة الموضوع الذين لهم الحقّ في قبوله ورفضه، معلّين قضاءهم على هذا الأساس"⁽²⁾.

فضلاً على أنّ منحة الوفاة لا تُعتبر عنصراً من عناصر التركة، وهو ما تضمّنه قرار المحكمة العليا الذي نصّ على: "حيث أنّ هذه المنحة تُصرف من طرف صندوق الضمان الاجتماعي أو الصندوق الوطني للمعاشات لذوي حقوق المؤمن له اجتماعياً عند وفاته وأنّ هؤلاء محدّدين على سبيل الحصر... ولا يمكن بأي حال من الأحوال أن تشكّل منحة الوفاة عنصراً من عناصر التركة"⁽³⁾.

ثالثاً: وصايا المورث.

إذا أوصى المورث بجزء من أمواله العقارية أو المنقولة، وفي حدود الثلث للغير، أو لأحد الورثة وأجاز بقية الورثة ذلك بعد وفاة الموصي، فينبغي إخراج هذا المقدار من التركة، بعد مصاريف التجهيز والديون، وقبل قسمة التركة بين الورثة، وينبغي على القضاة مناقشة مسألة الوصية أثناء نظرهم لنزاع يتعلّق بقسمة التركة، وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا من خلال قرارها الذي نصّ على: "من المقرّر قانوناً أنّ الوصية هي تملك مضاف لما بعد الموت بطريق التبّع، وهي مقدّمة على التركة. ولما كان النزاع الحالي يتعلّق بقسمة تركة، وقد أثار أحد الأطراف أثناء الدّعى دفعا يتعلّق بوجود وصية، فإنّ قضاة الموضوع كانوا ملزمين بمناقشة ذلك، استناداً للدلائل المقدّمة لهم لإثباتها أو نفيها، ولا يمكنهم أبدا القول بأنّها نفّذت مع القسمة في حياة المورث، لأنّ ذلك يعدّ خرقاً واضحاً للقانون ولأحكام الشريعة الإسلامية، ممّا يعرّض قضاءهم للإبطال"⁽⁴⁾.

رابعاً: حقوق الورثة في الميراث.

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية- قرار صادر بتاريخ 2002/07/24- ملف رقم 257484 - (المجلة القضائية لسنة 2003. العدد الثاني. ص 91).

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية- قرار صادر بتاريخ 1980/07/13- ملف رقم 21160 - (المجلة القضائية لسنة 1980. ص 87).

(3) المحكمة العليا- غرفة الجناح والمخالفات- قرار صادر بتاريخ 2009/07/29- ملف رقم 450050 - (المجلة القضائية لسنة 2010. العدد الثاني. ص 342).

(4) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية- قرار صادر بتاريخ 1995/05/02- ملف رقم 116375 - (المجلة القضائية لسنة 1996. العدد الأول. ص 108).

بعد استكمال إخراج مصاريف تجهيز الميت، وديونه، ووصيته، يقسم ما بقي من مال على الورثة بحسب درجة استحقاقهم من فرضيين وأصحاب عصبات، وذوي أرحام.

مع مُراعاة أنّ الخزينة العامة ليست من الورثة، وإنّما تشكّل حافظاً لأموال التركة التي لا وارث لها، فإن لم يكن للمورث أحد من الورثة، وبقي من أموال التركة فإنّها تنتقل إلى ملكيّة المجتمع، وتسلم إلى الخزينة العامة، وهو ما أشارت إليه المادة 773 من القانون المدني التي نصّت على أنّ أموال الأشخاص الذين يموتون عن غير وارث تعتبر ملكاً من أملاك الدولة⁽¹⁾.

الفرع الثاني: إنتقال التركة إلى الورثة وكيفية قسمتها.

إذا تمّ إخراج جميع الحقوق المتعلقة بالتركة، فإنّها تنتقل إلى الورثة لينال كلّ واحد نصيبه بحسب درجة قرابته من المورث وجنسه، ولا بدّ من مراعاة كيفية معيّنة لقسمتها، ولذلك سيتمّ بحث ذلك كما يلي:

أولاً: وقت انتقال التركة.

إذا كانت التركة غير مدينة فتنقل أموال المورث إلى الورثة مباشرة، وفور موته، وهو ما شملته المادة 127 من قانون الأسرة بنصّها على: "يستحقّ الإرث بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتاً بحكم القاضي"، وأيضاً لما جاءت به المادة 730 من القانون المدني التي نصّت على: "يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن أصبح مالكا في الشّيع، وأنّه لم يكن مالكا على الإطلاق لباقي الحصص الأخرى".

غير أنّ المشرّع لم يتطرّق لحالة ما إذا كانت التركة مُستغرقة بالديون، فالورثة في هذه الحالة لا تنتقل إليهم التركة مُثقلة بالديون، ولا يتولّون سداد ديون مورّثهم، نتيجة انفصال ذممهم المالية، فيلتزم الورثة في الجانب الإيجابي فقط لذمّة مورّثهم، فتكون إلى غاية تسديد ديونه ذمّتان: ذمّة خاصة بديونه هو، وذمّة خاصّة بديون المورث الذي يضمن جانبها الإيجابي والسّلي⁽²⁾.

ولقد عالجت المحكمة العليا هذه المسألة من حيث عدم إجبار الورثة على تحمّل التعويضات المحكوم بها، وهو ما شمله القرار الذي نصّ على: "...ولمّا كان الثّابت- في قضية الحال- أنّ قضاة الموضوع، ألزموا ورثة المرحوم...بدفع الديون، ومنها التعويضات المحكوم بها رغم أنّها لم تؤخذ على مسؤولياتهم وذممهم، فإنّ قرارهم خالف بذلك القاعدة والتي تنصّ على أنّ الديون الثّابتة تؤخذ من التركة حسب التّرتيب المُشار إليه، وجاء خالياً من كلّ سند قانوني، ممّا يستوجب نقضه"⁽³⁾.

ثانياً: كيفية تقسيم التركة.

(1) عبد العزيز سعد. إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية . ص 217...220.

(2) فريدة محمدي (زواوي). المدخل للعلوم القانونية نظرية الحق. ص 102.

(3) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية- قرار صادر بتاريخ 1993/12/22- ملف رقم 102567 - (المجلة القضائية لسنة 1994. العدد الثالث. ص 22).

يخضع تقسيم التركة أو عدم تقسيمها لإرادة الورثة، فإذا اتفقوا على عدم تقسيمها استمرت على حالتها، وإن أرادوا قسمتها قُسمت بالطريقة التي يرونها مالم يكن فيها قصّر ليس لهم وليّ والتركة تحتوي على عقار، فلا يكون التّقسيم إلّا بإذن المحكمة، فقسمة العقار تكون باطلة والخبرة فيها غير مجدية، طالما لم يتحصّل الولي على الإذن الواجب من المحكمة وفقا لنصّ المادة 88 من قانون الأسرة.

وفي صورة ما أراد البعض القسمة، فعلى البقية الاستجابة له ولو كان لا يملك من طلبها إلّا قليلا، فإن لم يستجب بقية الورثة لطلبه أمكنه الالتجاء إلى القضاء، وفقا لما نصّت عليه المواد 722، 723 و724 من القانون المدني.

فإذا قسمت التركة قسمة مُراضاة، وحصل للبعض منهم غبن بسببها يصل إلى الخمس أو يزيد وقت إجرائها، فمن حقّ المغبون رفع دعوى لإبطال هذه القسمة خلال سنة من وقت حصولها وفقا لنصّ المادة 732 من القانون المدني، وتصير هذه القسمة مُكتسبة للحجية إذا استمرت قائمة إلى خمسة عشر سنة فأكثر وفقا للمادة 733 من القانون المدني، والحكمة من صيرورة القسمة نهائية هو المحافظة على حقوق الأشخاص، ودفعهم إلى مواصلة العمل والاستغلال لهذه التركة، ذلك أنّ أطراف القسمة متى علموا باكتساب القسمة للحجية، كانوا متأكّدين من عدم وجود منازع⁽¹⁾.

كما أنّ القسمة الرضائية للتركة التي قد ينتج عنها تجاهل بعض الورثة تعدّ باطلة، وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا في قرارها الذي نصّ على: "من المقرّر قانونا بأنّ القسمة الودية إذا كانت تتجاهل بعض الورثة باطلة"⁽²⁾.

ثالثا: القواعد المتعلقة بإجراءات تقسيم التركة.

يمكن قسمة التركة ونيل كلّ واحد من الأقارب نصيبه الشرعي وفق إجراءات معيّنة، بعيدا عن الالتجاء إلى القضاء، لا سيما إذا كان الورثة على اتفاق بخصوص كلّ التفاصيل.

1- إثبات واقعة الوفاة.

قبل البدء في قسمة التركة ينبغي السعي إلى تسجيل الوفاة في السجلات المخصّصة لذلك، عبر تصريح من قبل أحد الأقارب لضابط الحالة المدنية الذي يتولّى تقييد واقعة الوفاة في السجلات المعدّة خصيصا لذلك، وهو ما أشارت إليه المادة 79 من قانون الحالة المدنية في فقرتها الثانية بنصّها على: "يحرّر عقد الوفاة ضابط الحالة المدنية التابع للبلدية التي وقعت فيها الوفاة بناء على تصريح من أحد أقرباء المتوفى أو تصريح شخص توجد في حالته المدنية المعلومات الموثوق بها وعلى الوجه الأكمل قدر الإمكان. يجب أن يتمّ التصريح بالوفاة في أجل أربع وعشرين ساعة من وقت الوفاة...".

2- قسمة التركة بطريق ودية.

(1) محمد محده . التركات والمواريث دراسة مدعّمة بالقرارات والأحكام القضائية. ص 59...61.

(2) محمد محده . المرجع نفسه. ص 59...61.

بعد ذلك ينبغي استخراج شهادة وفاة المورث من قبل أصحاب المصلحة من الأقارب، فضلا عن الشهادات الثبوتية بغرض تبين درجة القرابة مع المورث، وذلك بهدف التقرب إلى الموثق لاستصدار عقد فريضة، الذي يبين نصيب كل منهم بطريقة قانونية، وهو ما شمله قرار المحكمة العليا الذي نصّ على: "حيث أنّ هذا التأكيد المؤيد من طرف القرار المطعون فيه جاء مخالفا لقواعد الشريعة الإسلامية في مادة الميراث التي تفرض بأنّ تحديد الأنصبة في أية تركة كانت لا يقع إلا بعد إقامة فريضة شرعية، وحيث أنّ هذا الوجه مؤسس وصحيح الأمر الذي يستوجب معه نقض القرار المطعون فيه"⁽¹⁾.

رابعا: المرامي في الإجراءات المتعلقة بمنازعات تقسيم التركة.

قد يحدث وأن لا يتفق الأقارب حول قسمة التركة بطريقة ودية، وبالتالي لا تنتهي العملية على مستوى الموثق الذي يحزّر عقد الفريضة، فيتمّ اللجوء إلى القضاء للفصل في قضية تقسيم التركة.

1- الاختصاص القضائي في معالجة قضايا الإرث.

بالرجوع إلى نصّ المادة 499 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي تضمنت إمكانية اتخاذ قاضي شؤون الأسرة بصفة استعجالية جميع التدابير التحفظية بما في ذلك وضع الأختام، أو تعيين حارس قضائي لإدارة أموال المتوفي والحفاظ عليها لغاية تصفية التركة، وإلى غاية أن يحوز كل نصيبه. فيفهم من ذلك أنّ الاختصاص النوعي يؤول إلى قاضي شؤون الأسرة، الذي يوجد بالمحكمة التي يكون المورث قد توفي داخل دائرة اختصاصها الإقليمي، على أن يتوسّع هذا الاختصاص ليشمل الأملاك التي تُحسب على التركة، والموجودة خارج اختصاص، والتي تكون ضمن دائرة اختصاص جهة قضائية أخرى، مالم يقض القانون بخلاف ذلك⁽²⁾.

من خلال نصّ البند الثاني من المادة 498 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، فإنّ الاختصاص في دعاوى التركات إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المتوفي، حتى لو كانت بعض الأملاك التي تعتبر من التركة خارج نطاق اختصاص هذه المحكمة ما لم يقض القانون بخلاف ذلك. وأشارت كذلك المادة 40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى أنّ المحكمة المختصة إقليميا لنظر قضايا الإرث تكون المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المتوفي، حيث نصّت في فقرتها الثانية على ما يلي: "فضلا عما ورد في المواد 37 و 38 و 46 من هذا القانون، ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية المبينة

(1) العربي بلحاج. قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02/05 ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة 1966-2006. ص 544. (أنظر المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية- قرار غير منشور مؤرخ في 1986/02/24 ملف رقم 40651 -).

(2) عبد العزيز سعد. إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية. ص 223.

أدناه دون سواها :...2- في مواد الميراث... على التوالي، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المتوفى...".

والملاحظ أنه وبتفحص قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فلم يتم إدراج القسم الذي يتولى الفصل في قضايا التركة، وذلك من خلال المادة 423 التي حددت الاختصاص النوعي لقسم شؤون الأسرة، غير أن المادة 499 أشارت ضمناً إلى أن قاضي شؤون الأسرة هو المختص نوعياً بالفصل في مسائل الميراث، لذلك كان يجدر النص على مسائل الميراث في نفس المادة دفعا لأي إشكال، ولا سيما بإحالة الأمر إلى المادة 499 التي نصت على: "يجوز لقاضي شؤون الأسرة، وعن طريق الإستعجال، أن يتخذ جميع التدابير التحفظية، لاسيما الأمر بوضع الأختام، أو تعيين حارس قضائي لإدارة أموال المتوفى إلى غاية تصفية التركة".

2- الأشخاص المخوّلون برفع دعوى قسمة التركة.

يمكن رفع الدعاوى الخاصة بتقسيم التركة وطلب تصفيتها، إمّا من طرف الوارث، أو صاحب المصلحة، أو من طرف النيابة العامة، وهذا بناء على وجود نزاع أو عدم وجوده.

فإذا رفعت الدعوى من ذي مصلحة غير الوارث، كالذّان أو الموصى له أو الخزينة العامة، يتولّى القاضي تعيين حارس قضائي، ويقوم بتقديم حسابات عن كيفية إدارته أموال التركة، وما أنفقه عليها وهو مسؤول عمّا لحقها من أضرار بسبب تقصيره.

على أنه يمكن للقاضي الاستعانة بموثّق بهدف تقسيم التركة، ويعد ذلك حكماً تحضيرياً، وفقاً لما جاء به قرار المحكمة العليا الذي نصّ على: "إنّ الفصل في الدّعى بموجب حكم يقضي بتعيين خبير موثّق (للقیام بإجراء حصر مخلفات الهالك وإعداد فريضة وتحرير مشروع قسمة) يعدّ حكماً تحضيرياً"⁽¹⁾.

على أن تستمر الحراسة لغاية حصر التركة وجردها وتقسيمها، بمراعاة ترتيب الحقوق المتعلقة بها، وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا من خلال قرارها الذي نصّ على: "من المقرّر قانوناً أنّه تجوز الحراسة القضائية على الأموال التي تركها المتوفى في حالة نزاع بين الورثة، وذلك لحفظ حقوق ذوي الشأن وتنتهي الحراسة بزوال سبب قيامها، ومن ثم، فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعدّ خرقاً للقانون. ولما كان ثابتاً في قضية الحال- أنّ قضاة الموضوع لمّا قضوا بإبقاء الحراسة القضائية على التركة رغم زوال سبب قيامها ودون مراعاة مصلحة الورثة (الأم والإبن) يكونوا قد خالفوا القانون. ومتى كان كذلك استوجب إلغاء القرار المطعون فيه"⁽²⁾. وإذا رفع الدّعى كلّ الورثة أو بعضهم بتقسيم التركة، بأن كانوا جميعهم بالغين، فيتولّى القاضي تقسيمها بعد تصفيتها من حقوق الغير، ويكون تقسيم الأنصبة مع مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية، وكذا

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية- قرار صادر بتاريخ 1984/12/1- ملف رقم 35351 - (المجلة القضائية لسنة 1989. العدد الرابع. ص 95).

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية- قرار صادر بتاريخ 1990/03/19- ملف رقم 58504 - (المجلة القضائية لسنة 1991. العدد الأول. ص 42).

قواعد تقسيم الملكية الشائعة، وهو ما نصّت عليه المادة 181 من قانون الأسرة: "يراعى في قسمة التّركات أحكام المادتين (109 و 173) من هذا القانون وما ورد في القانون المدني فيما يتعلق بالملكية الشائعة. وفي حالة وجود قاصر بين الورثة يجب أن تكون القسمة عن طريق القضاء"، فما كان يقبل القسمة قُسم، وما كان غير قابل للقسمة يتم فيه التّخارج.

أمّا في صورة مالم يتمّ الاتفاق فيكون البيع بالمزاد، وتطبيق أحكام بيع الأموال غير المنقولة فيما يتعلّق ببيع العقّارات غير القابلة للتّقسيم⁽¹⁾، وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا من خلال قرارها الذي نصّ على: "يتطلّب القانون في حالة تعذّر القسمة عينا، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته، بيع هذا المال بالمزاد، وذلك بالطّرق المنصوص عليها قانونا، غير أنّه يمكن أن تكون هذه المزايدة مُقتصرة على الشّركاء وحدهم إذا ما طلبوا هذا بالإجماع والقضاء بخلاف هذا المبدأ القانوني، يستوجب نقض القرار الذي قضى بإلزام المدعين ببيع منابهم في الدّار المُشاعة بينهم وبين المدّعي عليهم دون عرض الدّار للبيع بالمزاد العلني"⁽²⁾.

كما أنّ اللّجوء إلى إجراء البيع بالمزاد العلني مشروط بعدم الإضرار بالورثة، ولا سيما إذا أمكن تقسيم المال بينهم، وهو ما نصّت عليه المحكمة العليا في قرارها التّالي: "من المقرّر قانونا أنّ الحكم ببيع الملكية الشّائعة بالمزاد العلني في الوقت الذي يمكن تفادي بيعه بتقسيمه، على مالكمهم وفي الوقت الذي يطالب فيه أغلبيهم بقسمته، يعدّ إضرارا بهم، ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ خرقا للقانون"⁽³⁾.

كما أنّه يجري قسمة المال المشاع بين الشّركاء بحسب الحصص، وإجراء القسمة بطريق الاقتراع، وتعمل المحكمة على تثبيتها بعد فرز نصيب كلّ شريك، وفقا لقرار المحكمة العليا الذي نصّ على: "من المقرّر قانونا أن يقسم المال الشّائع بين الشّركاء على أساس تكوين الحصص، ثمّ تجري القسمة بطريق الاقتراع، وتختصّ المحكمة بتثبيتها بعد فرز نصيب كلّ شريك والفصل في كلّ المنازعات، لاسيما ما يتعلّق منها بتكوين الحصص. ولما ثبت- من قضية الحال- أنّ قضاة الموضوع أغفلوا في قرارهم- المطعون فيه- التّطرّق إلى تكوين الحصص، وإجراء القسمة بين الشّركاء بطريق الاقتراع، فإنّهم خالفوا بذلك القانون، وعرضوا قرارهم المذكور للنقض"⁽⁴⁾.

(1) محمد محده . التّركات والمواريث دراسة مدعّمة بالقرارات والأحكام القضائية. ص 55...57.

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 1986/06/02 - ملف رقم 41996 - (المجلة القضائية لسنة 1989. العدد الثاني. ص 78).

(3) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 1987/12/07 - ملف رقم 46589 - (المجلة القضائية لسنة 1990. العدد الرابع. ص 54).

(4) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 1992/10/28 - ملف رقم 9149 - (المجلة القضائية لسنة 1994. العدد الثالث. ص 18).

وإذا كان من بين الورثة قاصر أو عدّة ورثة قاصرين، فيجب أن تكون القسمة بين الورثة عن طريق القضاء، ويتولى تمثيل القاصر وليّه أو وصيّيه، ويكون لكلّ واحد من الورثة الرّاشدين وممثلي القاصرين الحق في طلب قسمة التّركة وتصفيّتها عن طريق دعوى قضائية وفقا للمادتين 724 و 727 من القانون المدني⁽¹⁾، فأوجب المشرّع أن تكون قسمة التّركة بموجب حكم قضائي صادر قسم شؤون الأسرة بعد إعداد الفريضة، وقد يحتاج الأمر إلى تعيين خبير لتقسيم أموال التّركة، فالقسمة القضائية كانت لحماية أموال القاصر وضمانا لنصيبه⁽²⁾.

أمّا إذا لم يكن للقصر ولا ولي لهم ولا وصيّ عليهم، فإنه على القاضي بعد قسمة التّركة أن يعين مقدّما على أموال القصر يتصرف فيها لحسابهم وإدارتها إدارة رشيدة، تصرف الرّجل العادي كما يُدير أمواله الشخصية، ويخضع للمسؤولية القانونية في حال التّقصير⁽³⁾، وعلى كلّ إذا كانت قضية قسمة التّركة تشمل قصرا فإنّ تقسيمها يمرّ عبر القضاء، وفقا لقرار المحكمة العليا الذي نصّ على: "إنّ إجراء قسمة تركة مع وجود قاصر بين الورثة، تستدعي اللّجوء إلى القضاء، وإلاّ اعتبرت القسمة باطلة"⁽⁴⁾، ويجب على القضاة أثناء نظرهم في قسمة التّركة إدخال جميع الورثة الشرعيين دون استثناء، وهو ما نصّ عليه قرار المحكمة العليا التّالي: "يتعيّن على قضاة الموضوع إدخال جميع ورثة الهالك الشرعيين"⁽⁵⁾.

ويمكن للنيابة العامة أن تتقدّم بطلبات تصفية التّركة، إذا كان الورثة قصرا كلهم أو بعضهم ولا ولي لهم ولا وصي عليهم، وتطلب من المحكمة تعيين مقدّم على أموال القصر لغاية بلوغهم سنّ الرّشد⁽⁶⁾، لأنّ النيابة طرف أصيل في قضايا شؤون الأسرة وفقا للمادة 3 مكرر من قانون الأسرة الجزائري.

ويُعدّ اطلاع النيابة العامة على القضية إجراء جوهريا، وهو ما بيّنه قرار المحكمة العليا الذي نصّ على: "من المقرّر قانونا أنّه في حالة وجود قاصر يتوجّب أن تكون قسمة التّركة بين الورثة عن طريق القضاء. ويُعرض ملف القضية بواسطة كاتب الضّبط على السيّد النّائب العام قبل 10 أيام على الأقل يوم الجلسة. ولمّا ثبت- من قضية الحال- أنّ القسمة موضوع الدّعوى لم تقع تحت إشراف العدالة لضمان عدم الإجحاف

(1) عبد العزيز سعد. إجراء ت ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية . ص 221 و 222.

(2) لحسين بن شيخ آث ملويا. المرشد في قانون الأسرة. ص 402.

(3) محمد محده . التركات والمواريث دراسة مدعّمة بالقرارات والأحكام القضائية. ص 56.

(4) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية- قرار صادر بتاريخ 1995/01/31- ملف رقم 112773 - (النّشرة القضائية لسنة 1997. العدد 52. ص 181).

(5) العربي بلحاج. قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02/05 ومعلّقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة 1966-2006. ص 544. (أنظر: المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار غير منشور مؤرخ في 1985/12/30 ملف رقم 38816 -).

(6) أحمد دغيش . التنزيل في قانون الأسرة الجزائري. ص 221 .

بحق القاصر، ولم يحترم الإجراء الخاص بإطلاع النيابة العامة على القضية فإنّ يتعيّن بذلك نقض وإبطال القرار المطعون فيه⁽¹⁾.

ففي صورة ما كان كلّ الورثة أو بعض منهم قصّرا ولا وليّ لهم أو وصيّ عليهم، فتقدّم النيابة طلبا للقاضي بتصفية التركة، وتعيين مقدّم على هذه الأموال حتى بلوغهم سنّ الرّشد وتسلمهم الأموال، على أن يقدّم حسابا بالمستندات وصورة عن ذلك الحساب إلى القضاء عملا بأحكام المادتين 97 و 182 من قانون الأسرة.

وفي نطاق حماية أموال القصّر، فإنّ الحقوق الميراثية للقصّر لا تتقادم بالحيازة، وهو ما تبنته المحكمة العليا من خلال قرارها الذي نصّ على: "من المقرّر شرعا أنّ الحقوق الميراثية لا تتقادم بالحيازة فيما يخصّ الورثة القصّر. ومتى تبيّن - في قضية الحال - أنّ العقّارات المتنازع عليها لا زالت في الشّيوع، وأنّ الطّاعنات كانت قصّرا لا يبلغن سنّ الرّشد، وبالتالي فإنّ التركة لا علاقة لها بالحيازة وللطّاعنات الحقّ في طلب نصيبهن من التركة المقرّر لهن شرعا. ومن ثمّ، فإنّ قضاة المجلس لما قضوا بإلغاء الحكم المستأنف والتصدي من جديد برفض الدّعوى، خالفوا القانون وعرضوا قرارهم للقصور في التّسبيب"⁽²⁾.

أمّا إذا لم يكن للمورث وارث ظاهر، تطلب النيابة العامة من رئيس المحكمة تصفية التركة، فيتولّى حصرها، وكذا إيداع النّقود في أحد البنوك، وتؤول إلى الخزينة العامة على اعتبار أن المورث لا وارث له، وفي حالة ظهور أحد الورثة، وبعد التّأكد من استحقاقه للميراث من الخزينة العامة رجع عليها شريطة أن لا يتقادم حقّه بمضي 33 سنة من تاريخ الوفاة⁽³⁾، وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا في قرارها الذي نصّ على: "لا تُكتسب بالتقادم الحقوق الميراثية، إلّا إذا دامت الحيازة ثلاثا وثلاثين، دون إكراه أو خفاء أو إلتباس وإلّا أصبحت بدون أثر"⁽⁴⁾.

كما أنّ التصرفات التي تكون على أساس الفريضة التي أنجزت بناء على معلومات مغلوطة تعدّ باطلة، ولا سيما عملية البيع، وهو ما بيّنه قرار المحكمة العليا الذي نصّ على: "إنّ الفريضة التي تمّ على أساسها البيع أمام الموثّق لم تكن تشتمل جميع الورثة الشرعيين بتعمّد من المدّعين، فهذا يشكّل غشا من شأنه أن يؤدّي

(1) المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1998/03/17 - ملف رقم 174703 - (المجلة القضائية لسنة 1998. العدد الثاني. ص 76).

(2) المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 2000/02/22 - ملف رقم 232678 - (المجلة القضائية لسنة 2001. العدد الأول. ص 264).

(3) محمد محده . التركات والمواريث دراسة مدعّمة بالقرارات والأحكام القضائية. ص 57.

(4) المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1998/03/17 - ملف رقم 185202 - (المجلة القضائية لسنة 1999. العدد الأول. ص 115).

إلى بطلان البيع، ومن ثمّ فإنّ قضاة الموضوع كانوا على صواب لما أبطلوا عقد البيع مُسبِّبين قرارهم تسببها كافياً⁽¹⁾.

4- طبيعة الإجراءات الخاصة بدعاوى قسمة التركة.

تتقدّم النيابة العامة لرئيس المحكمة بطلب تصفية التركة، الذي يجوز له قبل الفصل في دعوى قسمة التركة اتّخاذ الإجراءات والتدابير للمحافظة على سلامة مُفردات التركة، ولا سيما ما يتعلّق بوضع الأختام، وإيداع التّقود والأشياء الثّمينة ذات القيمة المعتبرة، تمهيدا للفصل في طلب القسمة، على أن يسري على كافة الإجراءات المتعلّقة بقسمة التركة الإجراءات الاستعجالية وفقا لما نصّت عليه المادة 183 من قانون الأسرة التي نصّت على: "يجب أن تتّبع الإجراءات المستعجلة في قسمة التّركات فيما يتعلّق بالمواعيد وسرعة الفصل في موضوعها، وطرق الطّعن في أحكامها"، وهو ما يتماشى والمادة 499 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي نصّت على: "يجوز لقاضي شؤون الأسرة، وعن طريق الاستعجال، أن يتّخذ جميع التدابير التحفظية، لا سيما الأمر بوضع الأختام، أو تعيين حارس قضائي لإدارة أموال المتوفّي إلى غاية تصفية التركة".

فطبيعة الإجراءات بخصوص قسمة التركة ذات طابع استعجالي فيما يتعلّق بالمواعيد وسرعة الفصل في موضوعها وطرق الطّعن في أحكامها، خاصّة أنّ التركة قد تتضمّن أموالا لا تحتل طوال الأمد، كالزّروع والحيوانات وعروض التّجار، وكذا ضرورة الإسراع بتصفيتها في ظلّ احتياج الورثة بسبب الصّغر والعجز⁽²⁾. فأوجب المشرّع اتّخاذ الإجراءات المُستعجلة في قسمة التّركات، ولذلك تطبّق أحكام المادة 301 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بخصوص تقصير المواعيد المتعلّقة على الخصوص بتسليم التّكليف بالحضور أمام محكمة شؤون الأسرة، أو أمام رئيس المحكمة والتي يجوز تخفيضها إلى أربع وعشرين ساعة، ويتولّى القاضي الفصل في مدّة أقصر، فضلا على أنّ طرق الطّعن في الحكم تكون خلال خمسة عشر يوما بالنّسبة للاستئناف من تاريخ التّبليغ الرّسمي للحكم أو الأمر عملا بأحكام المادة 304 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ويتولّى المجلس الفصل في الاستئناف على وجه السّرعة⁽³⁾.

ويدخل في نطاق المسائل المستعجلة للقاضي تعيين حارس قضائي، وهو ما بيّنته المحكمة العليا من خلال القرار الذي نصّ على: "من المقرّر كذلك أنّ الحراسة القضائية تجوز على الأموال المشتركة وهي من اختصاص قاضي الاستعجال"⁽⁴⁾.

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 1997/04/30- ملف رقم 145561 - (المجلة القضائية لسنة 1997، العدد الثاني، ص 47).

(2) محمد محده . التركات والمواريث دراسة مدعّمة بالقرارات والأحكام القضائية. ص 58.

(3) لحسين بن شيخ آث ملويا. المرشد في قانون الأسرة . ص 408.

(4) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 1985/05/04- ملف رقم 26440 - (المجلة القضائية لسنة 1990، العدد الثاني، ص 115).

5- تجريم الاستيلاء على التركة.

يُعَدُّ الاستيلاء على الميراث من قبل بعض الورثة جريمة، وهو ما أشار إليه المشرع الجزائري في المادة 363 من قانون العقوبات التي نصّت على: "يُعاقب بالحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 500 إلى 3000 دينار الشريك في الميراث أو المدعي بحق في تركة الذي يستولي بطريق الغش على كامل الإرث أو على جزء منه قبل قسمته"، ولذلك سيتمّ تبين عناصر هذه الجريمة وفقا للتفصيل التالي:

أ- الاستيلاء المادي.

يُمثّل الاستيلاء المادي العنصر المادي للجريمة، ويكون ذلك منصّباً على عناصر التركة بدون حق، وحرمان بعض الورثة من الإرث ولا سيما الإناث منهم، والذين لا يزالون شركاء على الشيوع، فلا يمكن بأي حال من الأحوال حرمان الإناث من الميراث لتعلّق قواعد الميراث بالنظام العام، وهو ما عالجت المحكمة العليا في قرارها الذي نصّ على: "إنّ الإرث من نصيب الذكور والإناث، وعليه فإنّ حرمان الإناث هو مخالفة لقاعدة قرآنية، وكذلك لقواعد تتعلّق بالنظام العام"⁽¹⁾.

ب- قيام صفة الشريك.

ينصبّ هذا العنصر على صفة الوارث المعترف به شرعا وقانونا، أو شخص يزعم أنّه وارث وله حقّ في التركة التي قام بالاستيلاء عليها، وهو ما يدفع عنه إمكانية اعتباره سارقا أو محتالا، حيث بافتقاد هاتين الصفتين لا يمكن تطبيق أحكام المادة 363 من قانون العقوبات، غير أنّ الاستيلاء على عناصر التركة يكتفّ على أنّه سرقة تستدعي العقوبة القانونية وفقا للمادة 350 من قانون العقوبات، وتحوّل العقوبة من مخففة إلى مغلظة⁽²⁾.

ج- استعمال وسيلة الغش.

ينطوي اعتبار هذا الاستيلاء على أموال التركة أو جزء منها، اللجوء إلى استعمال الوسائل الاحتيالية، للاستيلاء على الأموال التي لا تزال مملوكة لجميع الورثة، وفي هذا الإطار دأبت المحكمة العليا على اعتبار ذلك جنحة وفقا للقرار الذي نصّ على: "إنّ الاستيلاء على الميراث الذي تواصل منذ وفاة المورث المشترك هو فعل يكون جريمة مستمرة. ويتمثّل الغش في استبعاد أموال تدخل عادة في التركة... إنّ الاستيلاء على جزء من الأرض الموروثة دون رضا باقي الورثة، والقيام بالبناء فوقها لإحداث تغيير في الملكية العقارية المشاعة بين الورثة يشكّل جنحة الاستيلاء بطريق الغش على جزء من الميراث"⁽³⁾.

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية- قرار صادر بتاريخ 10/06/1997- ملف رقم 163414 - (المجلة القضائية لسنة 1998. العدد الأول. ص 120).

(2) عبد العزيز سعد. الجرائم الواقعة على نظام الأسرة. ص 120.

(3) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية- قرار صادر بتاريخ 02/05/1995- ملف رقم 68660 - (المجلة القضائية لسنة 1995. العدد الثاني. ص 184).

د- حدوث الاستيلاء قبل القسمة.

حتى تتحقّق جريمة الاستيلاء على أموال التّركة، ينبغي أن يحدث ذلك قبل قسمة الأموال، على أساس أنّ وقوعها بطريقة شرعية وقانونية بين الورثة ونيل كلّ واحد منهم نصيبه، وحدث الاستيلاء بعد ذلك ينزع عن هذا السلوك صفة الجرم، بانتفاء أحد الأركان الواجب تحقّقها من خلال نصّ المادة 363 من قانون العقوبات، ويمكن بالتّالي الحديث عن جريمة سرقة أملاك الغير وفقا لنصّ المادة 350 من قانون العقوبات⁽¹⁾.

فضلا على أنّ الأحكام القضائية يجب أن تراعي الجانب الشرعي، وإلاّ عدّت معدومة القيمة وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا من خلال قرارها الذي نصّ على: "لا قيمة للأحكام القضائية التي لا تتفق مع نصوص الميراث، لأنّه وصيّة الله، وتعتبر من النّظام العام"⁽²⁾.

كما يمكن إجراء الوساطة بموجب المادة 37 مكرّر 2 التي نصّت على: "يمكن أن تطبّق الوساطة في مواد الجنع على جرائم السّب والقذف والاعتداء على الحياة الخاصة والتّهديد والوشاية الكاذبة وترك الأسرة والامتناع العمدي عن تقديم النّفقة وعدم تسليم الطّفل والاستيلاء بطريق الغش على أموال الإرث قبل قسمتها..."، على أن يراعى في الوساطة رضا الطّرفين بموجب المادة 37 مكرّر 1 من قانون الإجراءات الجزائية التي نصّت على: "يشترط لإجراء الوساطة قبول الضّحية والمُشتكي"⁽³⁾.

(1) عبد العزيز سعد. المرجع السابق. ص 121.

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 10/06/1997- ملف رقم 163414 - (المجلة القضائية لسنة 1998. العدد الأول. ص 120).

(3) الأمر رقم (02-15) المؤرخ في 23 يوليو 2015، يعدل ويتمّم الأمر رقم (66-155) المؤرخ في 08 يونيو 1966 (الجريدة الرسمية، رقم 48 الصادرة بتاريخ 10 يونيو 1966)، المتضمن تعديل قانون الإجراءات الجزائية (الجريدة الرسمية، رقم 40 الصادرة بتاريخ 23 يوليو 2015)، ص 30.

خلاصة الفصل الأول.

من خلال تقديم جميع التّفاصيل المتعلّقة بالجانب المالي للقرابة يمكن حوصلة أهمّ نتائج هذا الفصل كما يلي:

- 1- بموجب رابطة القرابة تثبت للأقارب النّفقة بحكم العلاقة بين الفروع والأصول بحسب رؤية المشرّع الجزائري الذي خصّص مواد بعينها في نطاق قانون الأسرة.
- 2- تثبت نفقة الأصول على الفروع والعكس بحسب درجة الإرث والاحتياج والقدرة، وتسقط بقدرة الأصل على التّكسّب وإن كان ذلك ليس مطيّة للتهرّب منها ردّا لجميله، أو بعجز الفرع المكلّف بها.
- 3- تضمّن قانون الأسرة النّفقة المخصّصة للفروع مراعاة للعجز الذي ينطوي عليهم من صغراً أو ضعف عقلي، وتستمرّ بالنّسبة للذكور حتى سنّ الرّشد وللإناث للدّخول ويمكن أن تمّدّد بسبب مزاولة الدّراسة أو آفة عقليّة أو بدنيّة، وتسقط بالكسب.
- 4- رتب المشرّع عقوبات جزائيّة ردعيّة تتراوح بين الحبس والغرامة المالية لكلّ مُمتنع عن دفع النّفقة المحكوم بها قانوناً وجعل العقوبة موحّدة مع النّفقة الزّوجيّة.
- 5- يثبت بموجب القرابة الحقّ في الميراث بين الأقارب باعتبارها أحد الأسباب الدّاعية لذلك، وتختلف الأنصبة بحسب درجة القرابة بين أصول وفروع وحواشي من ذكروأنثى.

6- يرث من الإناث بالفرض والتعصيب كل من الجدّة، الأمّ، البنت الصّليّة، بنت الابن، الأخت الشّقيقة، الأخت لأب، الأخت لأم، كما يرث من الذّكور بالفرض أو بالتّعصيب أو مع الجدّ لأب، الأب، الأخ لأم، وباقي العصبات.

7- قد يتمّ الميراث وفقا لحالات خاصّة كالمسألة المشتركة والأكدرية والمباهلة والمنبرية، والميراث أيضا وفق حالات معيّنة كميراث الحمل والميراث بالتّزويل وميراث ذوي الأرحام وكذا ميراث المفقود.

8- ينبغي مراعاة الإجراءات المنصوص عليها قانونا للمطالبة بالحقوق المترتبة على القرابة من نفقة أو ميراث، وإمكانية تعرّض المتعدّي على هذه الأنظمة الإجرائية للجزاء القانوني.

9- حرصت اتّفاقية القضاء على جميع أشكال التّمييز ضدّ المرأة على التّسوية بين الرّجل والمرأة في جميع الحقوق المالية ولأسيما النّفقة والميراث، وهو ما يتعارض مع مسلك قانون الأسرة الجزائري المُستلهم من أحكام الشّريعة الإسلامية، وبخاصّة الميراث، ما جعل هذه الاتّفاقية محلّ تحفّظ من الجزائر.

أتاح الشّرع والقانون لأفراد الأسرة إمكانية قيامهم بتصرفات مالية معيّنة كحقّ ثابت يعكس حرّيتهم في التصرف بأموالهم في نطاق التبرّعات، فحظيت باهتمام كبير من قبل المشرّع الجزائري ونصّ عليها في نطاق قانون الأسرة، بالرّغم من أنّ القانون المدني كان أحرى بمعالجتها، ما عرّض المشرّع الجزائري للنقد في هذا المجال، غير أنّ ذلك سببه الخلفية الشّرعية لهذه التبرّعات من خلال الاعتماد على الشريعة الإسلامية كمصدر لها، ولذلك جرى إدراجها ضمن نصوص قانون الأسرة، فكانت هذه التبرّعات وسيلة لإعانة الغير وكسب الثّواب، غير أنّها مُقيّدة بسبب إمكانية تدخّل الأقارب لتقييدها بما يتلاءم مع مصالحهم، خاصّة إذا كان هدف المتبرّع هو الإضرار بالورثة الذين هم أقاربه، فيكون للأقارب سلطة في تقييد تصرفات قريبهم المتبرّع بالرّغم من أنّه يتصرّف في ماله الخاص به في إطار الوصيّة أو الهبة أو الوقف.

كما أنّ حرية الأشخاص في التبرّع بأموالهم ليست مطلقة، فقد قيّدها الشّرع واقتدى به التشريع بضوابط معيّنة خوفا من اندثار الثروة وضياع حقّ أفراد الأسرة الذين قد أسهموا بطريق أو بآخر في تكوين مال المتبرّع، فكانت النّيابة الشّرعية والحجر وسائل فعّالة لتقييد هذه التصرفات المالية، لا سيما إذا ثبت لدى المتبرّع قصور معين، فكان من الأحوط تقييده ومنعه لحين زوال ما من شأنه أن يؤدّي إلى اندثار ماله حفاظا على مصالحته ومصالحة أقاربه، وعلى هذا الأساس سيتمّ التّفصيل في هذه الجزئيات كما يلي:

المبحث الأول: تقييد التبرّعات بسبب القرابة في قانون الأسرة الجزائري.

المبحث الثاني: دور النّيابة الشّرعية في تقييد التصرفات المالية في قانون الأسرة الجزائري.

المبحث الثالث: أعمال الحجر من الأقارب لتقييد التصرفات المالية في قانون الأسرة الجزائري.

المبحث الأول : تقييد التصرف في التبرّعات بسبب القرابة في قانون الأسرة الجزائري.

تشكّل التبرّعات نوعا مهمّا من أنواع التصرفات، وتضمّنها قانون الأسرة الجزائري بنصوص محدّدة تعكس الأهمية التي تكتسبها فضلا على الأحكام المتعلّقة بها، وارتباطها بنصوص موازية لها في القانون المدني الجزائري، حيث تقتضي الوصيّة، الهبة والوقف شكلية مضبوطة من قبل المشرّع الجزائري حرصا على صون حقوق المتبرّعين والغير، كما وقّيدها بضوابط معيّنة فيمكن أن يكون الأقارب أهمّ الفاعلين في تطبيقها بهدف صون أموالهم، على هذا الأساس وجب التّدقيق في جميع التّفصيل لهذه الطّائفة من التصرفات كما يلي:

المطلب الأول : تقييد التصرف في الوصيّة.

المطلب الثاني: تقييد التصرف في إبرام الهبة والوقف.

المطلب الأول : تقييد التصرف في الوصية.

تُعتبر الوصية من بين التبرعات التي تمكّن للأشخاص تقديم أموالهم كإعانة لأوجه استحقاقها، لا سيما إذا كانوا من الأقارب المحتاجين، فكانت الوصية من أبلغ معاني التضامن داخل الأسرة وامتدادا لروح التعاون، ويمكن للأقارب تقييدها حفاظا على حقوقهم، وعلى هذا الأساس وجب التفصيل فيما كماليلي:

الفرع الأول: معنى الوصية ودليل مشروعيتها.

الفرع الثاني: ضبط الوصية من خلال شروطها.

الفرع الثالث: ضوابط الوصية من خلال صفة الموصى لهم.

الفرع الرابع: الوصية بمثل نصيب أحد الورثة.

الفرع الخامس: حماية الورثة من الوصية الصورية.

الفرع السادس: حماية الأقارب من خلال الجانب الإجرائي لتنفيذ وإثبات الوصية.

الفرع الأول: معنى الوصية ودليل مشروعيتها.

ينبغي تبين المعنى العام للوصية ودليل مشروعيتها على النحو التالي:

أولا: تعريف الوصية .

يكتسي معنى الوصية أهمية بالغة في الإطار اللغوي والاصطلاحي ولذلك سيتم التعرّيج عليها وفقا لمايلي:

1-تعريف الوصية في اللغة.

الوصية من الفعل وصى، وأوصاه ووصّاه بمعنى عهد إليه، وهي بالفرنسية (legs)⁽¹⁾، وباللغة الانجليزية (Testament)⁽²⁾، والأرض وصيا ووصيا ووصاء ووصاءة أي اتّصل نباتها⁽³⁾، وأوصى فلانا أي جعله وصيه، يتصرّف في أمره وماله وعياله بعد موته، ووصى إليه وله بشيء؛ جعله له⁽⁴⁾، ووصى الشيء: وصله⁽⁵⁾، ولفظ الوصية مشترك بين التذكير والاستعطف وبين الأمر، فيتعيّن حمله على الأمر، ويقوم مقامه كلّ لفظ فيه معنى الأمر، وتواصى القوم أوصى بعضهم بعضا واستوصيت به خيرا⁽⁶⁾.

من خلال تقديم معنى الوصية في اللغة، يظهر جليّا أنّها تعني جعل الشيء لشخص معيّن، وهي أمر دائر بين الأمر والاستعطف.

(1) ابتسام القرّام. المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري. ص 59.

(2) محمد رواس قلعة جي؛ حامد صادق قنبيبي. معجم لغة الفقهاء. ص 505.

(3) الفيروز أبادي. القاموس المحيط . ص 1759.

(4) إبراهيم مصطفى وآخرون. المعجم الوسيط. ص 1038.

(5) ابن فارس. مجمل اللغة. ج 1 ص 927.

(6) الفيومي. المصباح المنير. ص 254.

2- تعريف الوصية في الاصطلاح.

وردت العديد من التعريفات بشأن الوصية من الناحية الاصطلاحية، فقد عرّفها الحنابلة: "الوصية بالمال هي التبرع به بعد الموت"⁽¹⁾، وعرفت أيضا عند المالكية على أنّها: "تمليك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع"⁽²⁾، وعرّفها الشافعية أنّها "تبرع بحق مضاف ولو تقديرا لما بعد الموت"⁽³⁾، بينما عرّفها الحنفية "تمليك مُضاف إلى من بعد الموت"⁽⁴⁾.

من خلال مختلف التعاريف الفقهية الواردة بشأن الوصية، يتّضح تقاربها من حيث جعلها تبرعا، ينصرف أثره إلى ما بعد موت الموصي، حيث يمكن للموصى له تملك الشيء الموصى به أيّا كانت صفته. أمّا المشرّع الجزائري فقد تطرّق لتعريف الوصية في نطاق قانون الأسرة، من خلال المادة 184 التي نصّت على: "الوصية تمليك مُضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع"، فواضح مدى تطابق التعريف مع بعض التعاريف الفقهية في هذا الشأن.

فالتعريف القانوني شامل وجامع لجميع أنواع الوصايا سواء كانت واجبة أو مندوبة، وسواء كانت بالمال أو بغيره، فدلالة "تمليك" تشمل كلّ ما يمكن الإيصاء به، كالأعيان من منقول أو عقّار، وأيضا الوصية بالمنافع من سكنى دار، أو زراعة أرض، ولا يدخل فيها الإيصاء على الأولاد الصّغار بعد الوفاة، لأنّ ذلك من صميم أحكام الولاية على المال، كما أنّ عبارة "مضاف إلى ما بعد الموت" هو إخراج لمعنى الهبة من هذا النطاق المقصود في المادة، وكذلك جعلها على سبيل التبرع وبالتالي استبعاد المعاوضات⁽⁵⁾.

ثانيا: دليل مشروعية الوصية .

الوصية ثابتة الدليل من خلال الكتاب والسنة النبوية الشريفة والقانون من خلال ما يلي:

1- دليل مشروعية الوصية من القرآن الكريم.

كثيرة هي الآيات القرآنية التي تضمّنت الإشارة إلى الوصية، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾⁽⁶⁾، اشتملت هذه الآية الكريمة على الأمر بالوصية للوالدين والأقربين، وقد كان ذلك واجبا قبل نزول آية الموارث، فلما نزلت

(1) ابن قدامة. المغني . ج 6 ص 444.

(2) الرعيني. مواهب الجليل لشرح مختصر خليل. ج 8 ص 513.

(3) الشربيني. مغني المحتاج. ج 3 ص 39.

(4) ابن عابدين . حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبوحنيفة . ج 6 ص 651.

(5) العربي بلحاج . الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري - الميراث والوصية - . ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط4. 2005. ج 2 ص 230 و 231 .

(6) سورة البقرة . الآية 180.

آية الفرائض نسخت هذه وصارت الموارث المقدرة فريضة من الله⁽¹⁾، فوضح مدى الأهمية البالغة التي أولاها المولى تعالى للوصية التي كانت واجبة قبل نزول آيات الإرث.

كما أنّ الوصية ثابتة من خلال قوله تعالى: ﴿...مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ ذَيْنِ...﴾⁽²⁾، والمقصود هنا التنبيه على أهمية الوصية وتقديمها⁽³⁾.

هذا وثبتت الوصية أيضا من خلال قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ...﴾⁽⁴⁾، فأوصوا لأولي القربى من أموالكم⁽⁵⁾.

2- دليل مشروعية الوصية من السنة النبوية الشريفة.

وردت الوصية في العديد من الأحاديث ويمكن الإستشهاد بما يلي: عَنْ غَامِرِ بْنِ سَعْدٍ، عَنْ أَبِيهِ قَالَ: مَرَضْتُ عَامَ الْفَتْحِ حَتَّى أَشْفَيْتُ عَلَى الْمَوْتِ، فَعَادَنِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ، فَقُلْتُ: أَيُّ رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّ لِي مَالًا كَثِيرًا وَلَيْسَ يَرِثُنِي إِلَّا ابْنَةٌ لِي، أَفَأَتَصَدَّقُ بِثُلْثِي مَالِي؟ قَالَ: لَا. قُلْتُ: فَالْشَّطْرُ؟ قَالَ: لَا. قُلْتُ: فَالْثُلُثُ؟ قَالَ: الْثُلُثُ، وَالْثُلُثُ كَثِيرٌ إِنَّكَ أَنْ تَتْرَكَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ، خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَتْرَكَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ"⁽⁶⁾.

كما يمكن التّدليل على مشروعية الوصية من خلال ما أخبر به عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: "مَا حَقُّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ لَهُ شَيْءٌ يُوصِي فِيهِ يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ إِلَّا وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ"⁽⁷⁾.

كما ورد أيضا التّرجيب فيها من خلال الحديث المروي عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: إِنَّ اللَّهَ تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ، عِنْدَ وَفَاتِكُمْ، بِثُلْثِ أَمْوَالِكُمْ، زِيَادَةً لَكُمْ فِي أَعْمَالِكُمْ"⁽⁸⁾.

(1) ابن كثير. تفسير القرآن العظيم. ج 1 ص 492 .

(2) سورة البقرة . الآية 180.

(3) ابن عاشور. التحرير والتنوير. ج 4 ص 261.

(4) سورة المائدة . الآية 106.

(5) الطبري . جامع البيان في تأويل القرآن . ج 7 ص 13 .

(6) رواه الجماعة (أحمد والأئمة الستة) عن سعد بن أبي وقاص (البخاري. صحيح البخاري. كِتَابُ الْمَغَارِي. باب حجة الوداع. الحديث رقم 4409. ج 5 ص 178؛ مسلم. صحيح مسلم . كِتَابُ الْوَصَايَا. بَابُ الْوَصِيَّةِ بِالْثُلُثِ. الحديث رقم 1628. ج 3 ص 1250؛ الترمذي. سنن الترمذي. كتاب الوصايا عن رسول الله ﷺ. باب ما جاء في الوصية بالثلث. الحديث رقم 2116. ج 4 ص 429؛ ابن ماجه، سنن ابن ماجه. كِتَابُ الْوَصَايَا. بَابُ الْوَصِيَّةِ بِالْثُلُثِ. الحديث رقم 2708. ج 4 ص 13؛ النسائي. سنن النسائي الكبرى. كتاب الفرائض. ميراث الابنة الواحدة المنفردة. الحديث رقم 6319. ج 4 ص 67؛ أبو داود. سنن أبي داود. كتاب الوصايا. باب ما جاء فيما يجوز للموصي في ماله. الحديث رقم 2864. ج 2 ص 125؛ أحمد بن حنبل. مسند الإمام أحمد بن حنبل. الحديث 1440. ج 1 ص 168).

(7) سبق تخريجه.

(8) ابن ماجه، سنن ابن ماجه. كِتَابُ الْوَصَايَا. بَابُ الْوَصِيَّةِ بِالْثُلُثِ. الحديث رقم 2709. ج 4 ص 14.

3- دليل مشروعية الوصية من القانون.

أولى المشرع الجزائري عناية للوصية، وجعلها سبيلا من سبل التبرع، وأفرد لها العديد من المواد الذي نظمها من خلال قانون الأسرة، ومن بين هذه المواد تعريفها من خلال المادة 184، وكذا تحديد مقدارها الذي يجب أن تزيد عنه إلا بإجازة الورثة بموجب المادة 185 التي نصت على: "تكون الوصية في حدود الثلث، وما زاد عن الثلث توقّف على إجازة الورثة"، فضلا على صحة الوصية مع اختلاف الدّين على العكس من الميراث، وذلك ثابت من المادة 200 التي نصت على: "تصحّ الوصية مع اختلاف الدّين".

الفرع الثاني: ضبط الوصية من خلال شروطها.

يمكن أن تكون الوصية للأقارب ولغيرهم، فالموصي يستطيع الإيصاء لمن يشاء، غير أنّ هذا الأمر ليس مطلقا، لتعلّقه بقيود مفروضة عليه حماية لمصلحة الأقارب، ويمكن حصر هذه القيود في العديد من النّواحي المتعلّقة بضرورة إخضاعها للشكلية، فضلا على عدم الإضرار بالورثة.

أولا: حماية حقوق الأقارب بجعل الوصية تصرفا شكليا.

حتى ينشأ التصرف القانوني صحيحا لا بدّ من توفّر الشكلية المناسبة والمقرّرة قانونا، والتي منها التعبير عن الإرادة تعبيرا واضحا وصريحا، ويتمّ ذلك في العادة عن طريق الألفاظ المتعارف عليها بين النّاس أو الكتابة أو بالإشارة المفهمة ممن لا يجيد النّطق أو الكتابة⁽¹⁾.

ولا خلاف بين الفقهاء في انعقاد الوصية باللفظ الصريح كأوصيت لفلان، أو الضمّي الذي يفهم منه الوصية بالقرينة كمن يقول: اشهدوا أنّي أوصيت لفلان بكذا⁽²⁾.

فالقادر على الكلام إذا كان لا يعرف الكتابة تنعقد وصيته بالعبارة، أيّا كانت لغتها بالعربية أو غيرها، على اعتبار أنّ العبارة هي الأصل في التعبير عن الإرادة؛ والمراد بالعبارة هي كلّ لفظ يشعر بالوصية، أو يدلّ عليها كأن يقول الموصي: أوصيت لفلان بكذا، أو أعطوه شيئا بعد موتي، أو هو له بعد موتي، أمّا إذا كان يعرف الكتابة فيمكنه بالإضافة إلى التصريح بها عن طريق اللفظ أن يكتبها بخطّ يده، لأنّ الكتابة تُعتبر دليلا على المقصود ولها حجّة كالنّطق، وفي حديث النّبي ﷺ "...وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ"، وهو ما يدلّ على جواز الاعتماد على الكتابة ولو لم يقترن ذلك بالشّهادة⁽³⁾، ومن ثمّ ذهب جمهور الفقهاء⁽⁴⁾ إلى صحّة الوصية بالكتابة.

(1) العربي بلحاج . الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري - الميراث والوصية - ج2 ص 243 .

(2) وهبة الزحيلي . الفقه الإسلامي وأدلته . ج 10 ص 167 .

(3) أحمد فرّاج حسين . أحكام الوصاية والأوقاف في الشريعة الإسلامية . دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر . 2003 . ص 27 .

(4) ابن عابدين . حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبوحنيفة . ج 6 ص 650؛ ابن قدامة . المغني . ج 6 ص 521؛ الرّديري . الشرح الصغير . ج 4 ص 584؛ الشريبي . مغني المحتاج . ج 3 ص 53 .

على هذا الأساس تنعقد الوصية بها إذا صدرت من عاجز عن النطق، كالأخرس، ومثله عند الحنفية والحنابلة معتقل اللسان⁽¹⁾ إذا امتدت عقلته، أو صار ميؤوساً من قدرته على النطق. أما عند الشافعية⁽²⁾ فتصح وصية معتقل اللسان مطلقاً كالأخرس بالكتابة أو الإشارة كالبيع، وتنعقد الوصية بالكتابة من قادر على النطق إذا ثبت أنه خط الموصي بإقرار وارث، أو بينة تشهد أنه خطه، وإن طال الزمن، وهو الرّاجح لدى الحنابلة⁽³⁾، وقال الحنفية والمالكية⁽⁴⁾: إذا كتب الشخص وصيته بيده، ثمّ أشهد، فقال: اشهدوا على ما في هذا الكتاب، جاز، وقال الشافعية⁽⁵⁾: الكتابة كناية، أي تنعقد الوصية بها مع النية، كالبيع، واشتروطوا لإثبات الكتابة بالشهادة أن يُطلع الموصي الشهود على ما في كتابه، فإن لم يطلعهم على ما في كتابه، لم تنعقد وصيته.

بينما إذا كانت الإشارة المفهمة فتنعقد بها الوصية إذا كان الموصي أخرساً أو معتقل اللسان، ميؤوساً من نطقه لدى الحنفية والحنابلة، ويموت على هذا الحال، أما إذا كان عاجزاً وعالمماً بالكتابة، فلا تنعقد وصيته إلاً بالكتابة؛ فالناطق تنعقد وصيته لفظاً أو كتابة، وكذا بالإشارة المفهمة عند المالكية، والأخرس ونحوه تنعقد وصيته بالعبارة، أو الكتابة، أو الإشارة إذا كان عاجزاً عن الكتابة، فإن كان عالمماً بالكتابة فلا تنعقد وصيته إلاً بالكتابة في رأي الأكثرين⁽⁶⁾.

بالرجوع إلى المشرع الجزائري فقد اعتبر أنّ الأصل في انعقاد الوصية بالعبارة أو الكتابة، وذلك في الإطار العام بموجب المادة 60 من القانون المدني التي نصّت على: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ و بالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفاً كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه. ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً".

غير أنّ الملاحظ بصفة عامّة أنّ المشرع الجزائري يعتبر الوصية الرسمية المحرّرة من طرف الموثّق بناء على تصريح الموصي صحيحة وقابلة للتّنفيد، أو بناء على ثبوتها بموجب حكم قضائي إذا كان هناك مانع من انعقادها، وذلك من خلال المادة 191 من قانون الأسرة التي تنصّ على: "تثبت الوصية: 1) بتصريح الموصي أمام الموثّق وتحرير عقد بذلك، 2) وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم، ويؤشّره على هامش أصل الملكية".

(1) بفتح القاف يقال اعتقل لسانه بضمّ التاء إذا احتبس عن الكلام ولم يقدر عليه. (ابن عابدين. حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة . ج 6 ص 737؛ ابن قدامة. المغني . ج 6 ص 560).

(2) الشربيني. مغني المحتاج. ج 3 ص 53.

(3) ابن قدامة. المغني . ج 6 ص 521.

(4) ابن عابدين. حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة . ج 6 ص 737؛ الخرشي. شرح الخرشي على مختصر خليل . ج 8 ص 173.

(5) الشربيني. مغني المحتاج. ج 3 ص 77.

(6) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 168 .

فبعد إضفاء عنصر الشكلية على الوصية ضمانا لحقوق الغير، ولاسيما الورثة من الأقارب، حيث أنه لا يمكن الاحتجاج بالوصية إلا إذا كانت في قالب رسمي، وهو بالمقابل تقييد لإرادة الموصي في التحايل على بقية الورثة، فيمكن ملاحظة مدى الأهمية والجديّة التي أولاها المشرع للوصية، عبر إثباتها بمحرر عقد صادر من الموثق، أو عن طريق الحكم القضائي يؤثّر به على هامش أصل الملكية، والهدف من هذا السلوك هو دفع الأشخاص إلى عدم إهمال الوصايا أو تركها لا سيما بعد وفاة الموصي⁽¹⁾، فإثبات الوصية يتطلب شكليّة معيّنة كما هو الشأن بالنسبة للبيوع العقارية أو الهبات، وللاحتجاج بها على الغير يجب رفع دعوى لإثباتها بعد وفاة الموصي، كما أنّ الفقرة الثانية من المادة 191 ربطت إثبات الوصية بطريق الحكم القضائي بوجود المانع القاهر ورفض ورثة الموصي تنفيذ إرادته فيلجأ للقضاء مطالبا بإثبات وصيته⁽²⁾.

على هذا الأساس، فإنّ الموصي وفي صورة ما أراد الإيضاء للأقارب أو الأجانب، وجب عليه مُراعاة الشكليّة فيها، لاسيما إذا اعترض الورثة الآخرون على تصرفه، فيتم الالتجاء للقضاء حفظا لحقّ الموصى له من التعسّف في التّنفيد.

غير أنّ الوصية تنتج أثرها حتى لو لم تخضع للشهر فيما يخصّ الالتزامات الشخصية وفقا لقرار المحكمة العليا الذي نصّ على: "تنتج الوصية، حتى ولو كانت غير مشهورة، أثرها بالنسبة للالتزامات الشخصية بين الموصي والموصى له"⁽³⁾.

لقد أشار المشرع المغربي إلى انعقاد الوصية وضرورة الإشهاد العدلي على ذلك، أو إشهاد أية جهة رسمية مكلفة بالتوثيق، أو يحزرها الموصي بخط يده مع إمضائه، وهو ما تضمنته المادة 296 من المدونة، والملاحظ أنّ القوانين الوضعيّة تميل إلى اعتبار الوصية الرسميّة صحيحة وقابلة للتّنفيد، ويلها في قوّة الثبوت الوصية الخطية، في حين أنّ الوصية القولية أمام الشهود لم تُعدّ مقبولة إلا للضرورة أو بسبب القوّة القاهرة، ولا بدّ من حكم قضائي يثبت صحتها إذا عارضها الورثة⁽⁴⁾.

ثانيا: اشتراط عدم الإضرار بالورثة.

قد يوصي الموصي للغير أو لأحد الأقارب، لكن هدفه هو الإضرار بالورثة الذين سيرثونه بعد موته، وفي ذلك تأثير وانتقاص من نصيبهم بعد وصيته، ويتجلى وصف الإضرار بالورثة في الوصية إذا كانت بأكثر من الثلث⁽⁵⁾، ويتحقّق عنصر الإضرار إذا قصد الموصي حرمان ورثته من الميراث من بعض المال، أو أوصى لأحد

(1) العربي بلحاج . الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري - الميراث والوصية - ج2 ص 244 و 245 .

(2) عبد العزيز محمودي . رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري . ص 22 .

(3) المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 2010/12/09 - ملف رقم 581896 - (المجلة القضائية لسنة 2012. العدد الأول . ص 276).

(4) عبد الكريم شهبون. الشافي في شرح مدونة الأسرة. ج2 ص 181 .

(5) الإضرار في الوصية هو الإيضاء بأكثر من الثلث، وفي الدّين هو البيع بأقل من ثمن المثل والشراء بأكثر منه. (أنظر: وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 162).

الورثة دون البقية، والإضرار المترتب منهي عنه لقوله تعالى: ﴿...مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ خَلِيمٌ﴾⁽¹⁾، أي غير مُضَارٍّ ورثته بإكثار الوصايا، وهو نهي عن أن يقصد الموصي من وصيته الإضرار بالورثة، والإضرار منه ما حدده الشرع، وهو أن يتجاوز الموصي بوصيته ثلث ماله وقد حدده النبي ﷺ بقوله لسعد بن أبي وقاص الثلث والثلث كثير⁽²⁾.

وعن ابن عباس عن رسول الله ﷺ قال: "الأضرار في الوصية من الكبائر"⁽³⁾، وعلى هذا الأساس فإن الإضرار بالورثة وحقوقهم يبطل الوصية شرعا وقانونا⁽⁴⁾.

غير أنه إذا أجاز الورثة الوصية الزائدة عن الثلث أو كانت لأحد الورثة، أصبحت نافذة وهو ما أشار إليه المشرع الجزائري في قانون الأسرة من خلال المادة 185 التي تنص على: "تكون الوصية في حدود الثلث، وما زاد عن الثلث توقف على إجازة الورثة"، وكذا المادة 189 التي تنص على: "لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي".

إن حرية الإيصاء مقيدة من ناحيتين بحسب الشخص الموصى له، فإن كانت للأجنبي لا تسري إلا في حدود الثلث وما زاد على ذلك يخضع لإجازة الورثة، وفي حالة ما كانت لأحد الورثة فذلك لا يكون حتى في الثلث إلا بإجازة الورثة وهو ما شملته المادتان 185 و 189 من قانون الأسرة⁽⁵⁾.

ثالثا: عدم زيادة الموصى به عن الثلث.

لم يتضمن القرآن الكريم الإشارة إلى تحديد الوصية في نطاق الثلث، بل إن الآية الكريمة ﴿...مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ...﴾⁽⁶⁾، يفهم منها أن الوصية مطلقة وواجب تنفيذها بكاملها، وإن استغرقت كامل التركة⁽⁷⁾، غير أن السنة النبوية قيدها لقوله ﷺ: "الثلث، والثلث كثير..."⁽⁸⁾، كما أن الإجازة لا تكون إلا بمراعاة بمراعاة أن تكون بعد وفاة الموصي، وأن يكون المٌجيز من أهل التبّع عالماً بالموصى به، وإن أجاز بعضهم دون بعض نفذت في حصة المٌجيز فقط، وبطلت في حصة غيره⁽⁹⁾.

(1) سورة النساء. الآية 12.

(2) ابن عاشور. التحرير والتنوير. ج 4 ص 266.

(3) الدارقطني. سنن الدارقطني. كتاب الوصايا. الحديث رقم 7. ج 4 ص 151.

(4) العربي بلحاج. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري - الميراث والوصية - ج 2 ص 248.

(5) عبد العزيز محمودي. رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري. ص 27.

(6) سورة النساء. الآية 11.

(7) إلياس ناصيف. الوصية للمسلمين وفي القانون الدولي الخاص. منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003. ج 2 ص 159.

(8) سبق تخريجه.

(9) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 202.

فالوصية لا تنفذ بأكثر من الثلث إلا إذا انعدم الورثة⁽¹⁾، وقد جعل القانون مقدار الوصية التي تنفذ من غير حاجة إلى إجازة الورثة ثلث التركة عند الوفاة، فإذا كانت أكثر من الثلث صحّت، ولكن لا تنفذ من غير إجازة الورثة إلا في الثلث، ولا تنفذ الزيادة فيها إلا بإجازة الورثة، فإذا أجازوها كلّهم نفذت في الزيادة على الثلث، وإن لم يجزوها جميعا بطلت في الزيادة، وإن أجازها البعض وامتنع البعض نفذت في الزيادة في حقّ المجيز، وبطلت في الزيادة في حقّ عدم المجيز⁽²⁾، ولا تعتبر الإجازة إلا بشرطي الوصية للوارث أي أن تكون بعد وفاة الموصي، وأن يكون المجيز من أهل التبرّع عالماً بالموصى به، وإن أجاز بعضهم دون بعض نفذت في حصة المجيز فقط، وبطلت في حصة غيره⁽³⁾.

أما إذا لم يكن للموصي وارث، فإن الوصية بأكثر من الثلث تكون عند الحنفية صحيحة نافذة، ولو كان الموصى به جميع المال؛ لأنّ المانع من نفاذ الوصية في الزائد عن الثلث إنّما هو تعلّق حقّ الورثة بتلك الزيادة، فلا تنفذ إلا برضاه، فإذا لم يكن هناك ورثة لم يبق حقّ لأحد، وقال المالكية والشافعية: إذا أوصى بما زاد عن الثلث، فإن لم يكن له وارث، بطلت الوصية فيما زاد على الثلث؛ لأنّ ماله ميراث للمسلمين، ولا مجيز له منهم، فبطلت، وإن كان له وارث، كانت الوصية عند الشافعية والحنابلة والحنفية موقوفة على إجازته ورده، فإن ردّها رجعت الوصية إلى الثلث، وإن أجازها صحّت، وتكون الوصية بالزائد عن الثلث باطلة عند المالكية⁽⁴⁾.

ترجم المشرع الجزائري ذلك من خلال المادة 185 التي نصّت على: "تكون الوصية في حدود الثلث، وما زاد عن الثلث توقّف على إجازة الورثة"، فهذه المادة تتضمن إمكانية الزيادة في الإيصاء عن الثلث في حالة وجودهم، ولكن إذا لم يوجدوا فالمال من حقّ الخزينة العامة، عملاً بأحكام المادة 180 من قانون الأسرة التي نصّت على: "يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي: 1/ مصاريف التجهيز، والدّفن بالقدر المشروع، 2/ الديون الثابتة في ذمة المتوفّي، 3/ الوصية. فإذا لم يوجد ذوو فروض أو عصابة آلت التركة إلى ذوي الأرحام فإن لم يوجدوا، آلت إلى الخزينة العامة".

لكن قد يحدث أن لا يجيز كلّ الورثة الوصية الزائدة عن الثلث وهو ما قد يخلق إشكالا، ولذلك تسري الإجازة في نصيب من أجاز الزيادة ولا تسري في نصيب من لم يجزها، وعلى هذا الأساس وجب إضافة فقرة تشريعية بهذا الخصوص، من خلال استبعاد من لم يقبل الزيادة على أن تكون صياغتها كما يلي: "لا تسري الزيادة عن الثلث في حقّ من رفض إجازتها".

(1) إلياس ناصيف. الوصية (الوصية للمسلمين وفي القانون الدولي الخاص). ج 2 ص 131.

(2) محمد أبو زهرة. شرح قانون الوصية. ص 171.

(3) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 202.

(4) الكاساني. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ج 7 ص 356؛ الشربيني. مغني المحتاج. ج 3 ص 39؛ ابن

قدامة. المغني. ج 6 ص 457؛ الدردير. الشرح الصغير. ج 4 ص 586.

أما بالنسبة للوقت الشرعي والقانوني لتقدير الثلث، هو وقت قسمة التركة وقبض كل مورث وموصى له حقه، لأنه الوقت الذي تنفذ فيه الوصية ويستقر فيه مال التركة، بعد تسديد الديون⁽¹⁾.
كما تطرقت المحكمة العليا إلى أن عدم إدخال الورثة في النزاع إذا كانت الوصية في حدود الثلث لا يؤثر على الحكم من خلال القرار الذي نصّ على: "متى كان من المقرّر شرعا وقانونا أن الوصية تكون في حدود ثلث التركة، ومن ثمّ فإنّ النّعي على القرار المطعون فيه يخرق الأشكال الجوهرية للإجراءات في غير محلّه يستوجب رفضه. ولما كان من الثّابت- في قضية الحال- أنّ المورث قد أوصى لمطلّفته بثلث ما يملك وأنّه ثبت لقضاة الموضوع صحّة الوصية فإنّ عدم إدخال جميع الورثة في الخصام لا يؤثر على تنفيذ الوصية في التركة"⁽²⁾.

وفي صورة ما لم تتجاوز الوصية مقدار الثلث، فإنّ إجازة الورثة غير مطلوبة، ما دام الإيصاء كان في المقدار المحدّد شرعا وقانونا، ولا يمكن للورثة المطالبة بإبطالها، وقد عالجت المحكمة العليا هذه الفكرة من خلال القرار الذي نصّ على: "متى كان من المقرّر شرعا وقانونا أن الوصية تكون في حدود ثلث التركة ومن ثمّ فإنّ النّعي على القرار المطعون فيه يخرق الأشكال الجوهرية للإجراءات في غير محلّه يستوجب رفضه. ولما كان من الثّابت- في قضية الحال- أنّ المورث قد أوصى لمطلّفته بثلث ما يملك، وأنّه ثبت لقضاة الموضوع صحّة الوصية فإنّ عدم إدخال جميع الورثة في الخصام لا يؤثر على تنفيذ الوصية في التركة. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطّعن"⁽³⁾.

الفرع الثالث: ضوابط الوصية من خلال صفة الموصى لهم.

ينبغي أثناء الوصية مراعاة ضوابط معينة تتعلّق بالموصى لهم، ولا سيما إذا كانوا من الأقارب صونا لحقهم، وتقييدا لسلطة الموصي في الإيصاء، فيمكن الإيصاء حتى باختلاف الدّين بين الموصي والموصى له، وفي ذلك اختلاف بين الوصية والميراث، لأنّه لا توارث بين المسلم والكافر، ولا الكافر والمسلم، كما ينبغي أن لا يكون الموصى له قاتلا للموصي، وهذا يتطابق مع الميراث مع مراعاة الاختلافات الفقهيّة بهذا الخصوص حول نوع القتل المانع من الإرث، كما يُشترط أن لا يكون الموصى له وارثا للموصي، فضلا على إمكانية الإيصاء للحمل وفق ضوابط محدّدة، وكذا الوصية المشتركة.

(1) العربي بلحاج . الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري - الميراث والوصية - ج2 ص 271 و 272.

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1991/02/24- ملف رقم 75598 - (المجلة القضائية لسنة 1993. العدد الثاني . ص 62).

(3) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1991/02/24- ملف رقم 75598 - (المجلة القضائية لسنة 1993. العدد الثاني. ص62).

أولاً: صحّة الوصيّة مع اختلاف الدّين.

لا يُعتبر اختلاف الدّين مانعاً للوصيّة، حيث تصحّ حتى ولو اختلف دين الموصي والموصى له، فالإسلام ليس شرطاً لصحّة الوصيّة، وعلى هذا الأساس لا يشترط اتّحاد الدّيّانة أو المِلّة بين الموصي والموصى له⁽¹⁾، وهو ما تبناه المشرّع الجزائري من خلال المادة 200 من قانون الأسرة التي تنصّ على: "تصحّ الوصيّة مع اختلاف الدّين"، على العكس من نظام الإرث الذي يجعل اختلاف الدّين مانعاً من موانع الإرث وفقاً للمادة 138 من قانون الأسرة التي تنصّ على: "يُمنع من الإرث اللّعان والرّدّة"، فالوصيّة من المسلم لغير المسلم أو من غير المسلم للمسلم صحيحة شرعاً وقانوناً، غير أنّه يجب على المشرّع الجزائري الاحتياط من خلال المادة 200 من قانون الأسرة عبر اعتبارات قانونية، لا سيما إذا كان الموصى له أجنبياً، لأنّ القانون والعرف الجزائريين يقيّدان انتقال الأموال غير المنقولة إلى الأجنبي بشروط قانونية، ومنها شرط المعاملة بالمثل وخاصة الملكية العقارية⁽²⁾.

كما يجب أن يُراعى أيضاً في الوصيّة إذا كان الموصي أجنبياً ضرورة كون الموصى به مشروعاً، وذلك لاختلاف الدّين بينه وبين الموصى له، ففكرة صحّة الوصيّة برغم اختلاف الدّين ليست مُطلقة خاصّة إذا كان الموصى به محرّم في نطاق الشّريعة الإسلاميّة، وعلى هذا الأساس وجب إدراجه في سياق المادة 200.

وفي نفس السّياق يمكن الحديث عن المرتدّ، والذي يقصد به الذي خرج عن دين الإسلام إلى غيره ولو كان خروجه لديّانة سماوية، وتكون الرّدّة من الرّجل أو المرأة⁽³⁾، وتصحّ وصيّة المرتد في غير محرّم شرعاً عند المالكية (الذين رأوا أنّه لو أوصى الموصي ثمّ ارتدّ بطلت وصيته)⁽⁴⁾، والشافعية والحنابلة⁽⁵⁾؛ لأنّ وصيّة الكافر للمسلم صحيحة، والمُرتدّ كافر، والمحرّم شرعاً كانتفاع المسلم بالخمير والخنزير، لكنّهم قالوا: تكون موقوفة؛ كبقية تصرّفاته من معاوضات وتبرّعات؛ لأنّه مال تعلّق به حقّ الغير، فإن عاد إلى الإسلام نفذت، وإن مات أو قتل لردّته بطلت، تغليظاً عليه بقطع ثوابه⁽⁶⁾، وفرّق الحنفية⁽⁷⁾ بين المرأة والرّجل، فقالوا: تصحّ وصايا المرأة، وتكون نافذة، كما تصحّ جميع تصرّفاتها؛ لأنّها لا تُقتل عندهم بسبب الرّدّة، وأمّا الرّجل المرتد: فوصيّته

(1) أحمد فرّاج حسين. أحكام الوصاية والأوقاف في الشّريعة الإسلاميّة. ص 81.

(2) العربي بلحاج . الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري - الميراث والوصيّة - ج 2 ص 250 .

(3) أحمد فرّاج حسين؛ جابر عبد الهادي سالم الشّافعي. مسائل الأحوال الشّخصية الخاصّة بالميراث والوصيّة والوقف في الفقه والقانون والقضاء . منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1. 2005. ج 2 ص 88.

(4) الدسوقي. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. ج 4 ص 307.

(5) الخرشي. شرح الخرشي على مختصر خليل. ج 8 ص 171؛ ابن قدامة. المغني. ج 6 ص 561؛ الشريبي. مغني المحتاج. ج 3 ص 39.

(6) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 209 .

(7) ابن عابدين . حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبوحنيفة . ج 6 ص 698.

موقوفة، فإن عاد إلى الإسلام ومات عليه نفذت وصاياه كجميع تصرفاته، وإن مات على الردّة بطلت وصاياه وتصرفاته جميعها.

بالرجوع إلى المشرع الجزائري، فإنّه لم يُفرد نصّاً خاصّاً لوصيّة المرتدّ ويحسُن الأخذ برأي المالكية بجعل مال المرتدّ في بيت مال المسلمين أي الخزينة العمومية فلا وصيّة له ولا ميراث⁽¹⁾.

غير أنّ المحكمة العليا قد عالجت مسألة عدم تأثير اختلاف الدّين على سريان الوصيّة، وذلك ثابت من خلال القرار الذي نصّ على: "حيث أنّه لم يثبت من ملف الطّعن الحالي ولا من القرار المطعون فيه بالنقض أنّها وارثة له، ومع ذلك استند قضاة المجلس في قضائهم بالمصادقة على الحكم المستأنف القاضي برفض دعواها الرّامية إلى طلب إضفاء الصّيغة التّنفيذية على عقد الوصيّة الذي أبرمه زوجها بفرنسا لفائدتها، إلى القاعدة التي تتمثّل في أنّه لا وصيّة لوارث، ممّا يوحي لا محالة بأنّهم اعتبروها وارثة له، إلّا أنّهم لم يبيّنوا العناصر والأسباب التي اعتمدا عليها في كيفية توصّلهم إلى اعتبارها كذلك بالرّغم من اختلاف الدّين بينهما وذلك لعدم ثبوت اعتناقها للدّين الإسلامي، أو ثبوت تغييره لدينه، وبذلك فإنّهم خالفوا القانون لا سيما أحكام المادة 200 من قانون الأسرة التي تقضي بصحّة الوصيّة مع اختلاف الدّين، وعجزا عن إعطاء تسبب مُقنع لقرارهم، الأمر الذي يجعل الوجهين المذكورين مؤسّسين، واستنادا إليهما يتعيّن القضاء بنقض القرار المطعون فيه والإحالة"⁽²⁾.

ثانياً: أن لا يكون الموصى له قاتلاً للموصي.

مؤدّي هذا الشرط ألا يكون الموصى له قاتلاً للموصي في رأي الحنفية والحنابلة⁽³⁾، فإن قتله بأن أصابه أصابه بجرح فأوصى له، ثم مات، كانت الوصيّة باطلة، وإن أوصى له أولاً، ثم حدث القتل، كان مانعاً من استحقاق الوصيّة.

فالقتل يمنع صحة الوصيّة ابتداء واستمراراً؛ لأنّ القتل يمنع الميراث، فيمنع الوصيّة، مُعاملة له بنقيض مقصوده، لكنّهم اختلفوا في نوع القتل المانع من الوصيّة والميراث: فقال الحنابلة في الأصح: القتل بغير حقّ، سواء أكان عمداً أم خطأ، مباشرة أم تسبّباً، يمنع الميراث ويبطل الوصيّة، لأنّ الميراث أكد من الوصيّة، فتكون الوصيّة أولى، وقال الحنفية: القتل المانع من الإرث والوصيّة هو الصّادر من البالغ العاقل، عدواناً بغير حقّ أو عذر شرعي، إذا كان مباشرة لا تسبّباً، سواء أكان عمداً أم خطأ، فالقتل من المجنون والصبي، والقتل بحقّ كالقتل قصاصاً أو حداً أو بسبب البغي، أو بعذر كالدّفاع عن النّفس والعرض، والقتل بالتسبب، كما لو دلّ الموصى له الشّخص القاتل على مكان الموصي ولم يشترك معه في القتل، كل ذلك لا يمنع الإرث والوصيّة.

(1) العربي بلحاج . الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري - الميراث والوصيّة - ج 2 ص 252 .

(2) لحسين بن شيخ آث ملويا. المرشد في قانون الأسرة. ص 424 و 425. (أنظر: المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية والموارث- قرار غير منشور صادر بتاريخ 2013/05/09- ملف رقم 505).

(3) الكاساني. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ج 7 ص 339؛ ابن قدامة. المغني. ج 6 ص 570.

فالقتل بالتسبب عندهم لا يمنع إرثاً ولا وصية، أما الشافعية⁽¹⁾ فقالوا: الأظهر أن الوصية تصح للقاتل ولو تعدّياً، فلو قتل الموصى له الموصي ولو تعدّياً، استحق الموصى به؛ لأن الوصية تملك بعقد، فأشبهت الهبة، وخالفت الإرث، وأما المالكية⁽²⁾: فعندهم تفصيل وهو أن الوصية تصح لقاتل، سواء أكان القتل عمداً أم خطأ إذا علم الموصي بمن قتله، ولم يغيّر وصيته، أو أوصى بعد الضرب، مع علمه بأن الموصى له هو الضارب؛ لأن المانع من صحة الوصية هو استعجال الموصى له الشيء قبل أوانه، فيعاقب بالحرمان، ولا يتحقق إلا إذا كان القتل لاحقاً للوصية، وإذا كان الموصي عالماً بالضرب، ثم أوصى له، دلّ على أنه عفا عنه وقصد الإحسان إليه، فلا يشترط المالكية ألا يكون الموصى له قاتلاً، بشرط أن تقع الوصية بعد الضربة وأن يعرف المقتول قاتله، فإن ضرب شخص غيره ضربة قاتلة عمداً أو خطأ، ثم أوصى له بعد الضربة بشيء، صحّت الوصية. أما إذا أوصى له قبل أن يضربه، ثم ضربه فأماتته، فإن الوصية تبطل، سواء عرف القاتل ولم يغيّر الوصية، أم لم يعرفه، على الرّاجح؛ لأنّ فيها شبهة استعجال الوصية كالميراث.

ففي هذه الحال الأخيرة يتفق مذهبهم مع الحنفية والحنابلة، وفي الحال الأولى أي وقوع الوصية بعد الضربة يكون مذهبهم كالشافعية، ويكون هناك رأيان: رأي الحنفية والحنابلة: أن القتل يبطل الوصية، ورأي الشافعية والمالكية: أن القتل لا يبطل الوصية⁽³⁾.

بالرجوع إلى مسلك المشرع الجزائري فإنّه نعى منى المالكية، من حيث قتل الموصي للموصى له عمداً بما يوجب القصاص أو الكفارة، حيث نصّت المادة 188 من قانون الأسرة على ما يلي: "لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمداً"، والعبرة إذن هي القتل العمدي المباشر، وليس القتل الخطأ كما هو الأمر بالنسبة للميراث بموجب المادة 137، فيتّضح من خلال معالجة منى المشرع الجزائري من خلال المواد 135، 137 و 188 من قانون الأسرة أن الأمر يتعلق بكلّ من ساهم في القتل، مع مراعاة المواد 47، 48 و 49 من قانون العقوبات، أي أن يكون الموصى له المجرم عاقلاً ومميّزاً وأهلاً للمسؤولية الجنائية، وهو ما يُعدّ تنسيقاً حقيقياً بين القوانين المنظّمة للمنظومة القانونية الواحدة⁽⁴⁾.

ثالثاً: أن لا يكون الموصى له وارثاً للموصي.

من شروط نفاذ الوصية أن لا يكون الموصى له وارثاً للموصي عند موته، فإذا كان أحد الورثة وأجازها نفذت الوصية، وعلى هذا الأساس تكون الوصية نافذة للوارث إذا أجازها الورثة، ويكاد يكون ذلك انقلاباً في التّوريث الإسلامي الذي ينبني على تقسيم الشّارع للتركة بين الورثة، وقد أعطى للمورث الثلث ليتصرّف فيه كما يشاء لغير الورثة، فإذا أعطى المورث هذا ومنع بعطائه ذلك فقد غاير قسمة الشّارع، وزاد بعض الأنصبة

(1) الرملي. نهاية المحتاج. ج 6 ص 49.

(2) الخرشي. شرح الخرشي على مختصر خليل. ج 8 ص 171 وما بعدها.

(3) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 188.

(4) العربي بلحاج . الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري - الميراث والوصية - ج 2 ص 263.

وأنقص البعض⁽¹⁾.

لقد قام الرأي المعلق لنفاذ الوصية وسريانها للوارث على الحديث المروي عن ابن عباس قال رسول الله ﷺ: "لا وصية لوارث"⁽²⁾، وأيضا عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال في خطبته يوم النحر: "لا وصية لوارث إلا أن يجيز الوارثة"⁽³⁾، فمعنى الأحاديث أن الوصية للوارث لا تنفذ مطلقاً، مهما كان مقدار الموصى به، إلا بإجازة الوارثة، فإن أجازوها نفذت، وإلا بطلت.

وإن أجازها بعضهم دون بعض، جازت في حصة المٌجيز، وبطلت في حق من لم يُجز، لولاية المٌجيز على نفسه دون غيره، وهذا شرط لنفاذ الوصية عند الجمهور⁽⁴⁾، فإنهم قرروا أن الوصية صحيحة لكن لا تجوز الوصية لوارث ولا تنفذ إذا لم يجزها الوارثة، وقال المالكية⁽⁵⁾: الوصية باطلة لحديث: "لا وصية لوارث"، فإن أجاز الوارثة ما أوصى به للوارث أو الزائد على الثلث، فعطية مبتدأة منهم، لا تنفيذاً لوصية الموصي⁽⁶⁾.

إن العبرة في كون الموصى له من الورثة أو من غير الورثة هو تاريخ وفاة الموصي، وليس تاريخ إنشاء الوصية⁽⁷⁾، ويشترط في الإجازة أن يكون المٌجيز من أهل التبرع عالمًا بالموصى به؛ بأن يكون بالغاً عاقلاً غير محجور عليه لسفه أو عته أو مرض موت، وأن يكون عالمًا بالموصى به، فلا تجوز إجازة صغير ومجنون ومريض مرض موت، ولا تصح إجازة وارث لم يعلم بما أوصى به الموصي، وأن تكون الإجازة بعد موت الموصي، فلا عبرة بإجازة الوارثة حال حياة الموصي، فلو أجازوها حال حياته، ثم ردّوها بعد وفاته، صحّ الرد وبطلت الوصية، سواء أكانت الوصية للوارث، أم لأجنبي بما زاد عن ثلث التركة⁽⁸⁾.

تضمن المشرع الجزائري هذه الجزئية من خلال المادة 189 من قانون الأسرة التي نصّت على: "لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الوارثة بعد وفاة الموصي"، كما أكد المشرع أيضاً على حرية الموصي في التصرف في أمواله إذا قلّت عن الثلث، أما إذا زاد عليه فمعلق على إجازة الوارثة وفقاً للمادة 185 من قانون الأسرة التي تنصّ على: "تكون الوصية في حدود الثلث، وما زاد عن الثلث توقّف على إجازة الوارثة"، وعلى هذا الأساس يعتبر موقف المشرع الجزائري من خلال صياغة هاتين المادتين موقفاً، على اعتبار أن الوصية صحيحة للوارث، مع الأخذ بعين الاعتبار ضرورة إجازة الوارثة، وفي صورة ما حدث رفض من طرفهم يتمّ اللجوء للمحكمة

(1) محمد أبو زهرة. شرح قانون الوصية . ص 63.

(2) الدارقطني. سنن الدارقطني. كتاب الفرائض والسير وغير ذلك. الحديث رقم 92. ج 4 ص 98.

(3) الدارقطني. سنن الدارقطني. كتاب الفرائض والسير وغير ذلك. الحديث رقم 93. ج 4 ص 98.

(4) الشربيني. مغني المحتاج. ج 3 ص 43؛ الكاساني. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ج 7 ص 337؛ ابن قدامة. المغني. ج 6 ص 447.

(5) التردير. الشرح الصغير. ج 4 ص 585.

(6) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 192.

(7) العربي بلحاج . الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري - الميراث والوصية - . ج 2 ص 263.

(8) بن جزي . القوانين الفقهية. ص 596.

للفصل في الأمر من حيث نفاذ أو عدم نفاذ الوصية للموصي، وهو رأي يحسب للمشترع تماشياً مع الآراء الاجتماعية ونظام الوصية والميراث في الشريعة الإسلامية⁽¹⁾.

وقد أشارت المحكمة العليا إلى أنه لا يمكن الإيصاء لوارث إلا بإجازة الورثة بعد وفاة الموصي وفقاً للقرار الذي نصّ على: "من المقرّر شرعاً وقانوناً أنه لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة المورث. ولما كان من الثابت في قضية الحال - أن قضية الموضوع لما قضوا برفض طلب الطّاعن بقسمة التركة على اعتبار أن الوصية بالقسمة قد تمت بعقد توثيقي فإنهم أخطأوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للقصور في التّسبب لأن الوصية للوارث غير مقبولة شرعاً وقانوناً"⁽²⁾.

كما أن صحة الوصية لأحد الورثة، أو الوصية بما زاد عن الثلث، مرتبط بإجازة باقي الورثة، وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا في قرارها الذي نصّ على: "من المقرّر قانوناً أنه تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد على الثلث يتوقّف على إجازة الورثة. ومتى تبين في قضية الحال - أن الوصية صدرت في حياة الموصية لأولاد ابنها (س) حال حياة هذا الأخير في ثلث التركة باعتبارهم غير وارثين، فإنّ قضية المجلس بقضائهم بتأييد حكم المحكمة القاضي بحصر التركة وتقسيمها على الورثة وتحديد نصيب كلّ وارث وإلغاء الوصية على أساس أن الموصي لهم يعدّون من ورثة الموصية فإنهم خالفوا القانون وأخطأوا في تطبيقه ممّا يستوجب نقض القرار المطعون فيه"⁽³⁾.

رابعاً: الوصية للحمل.

إنّ الوصية للحمل صحيحة بلا خلاف لأنّ الوصية كالميراث، ويمكن للحمل أن يرث، فإذا ورث الحمل كانت الوصية له أولى، فإن انفصل الحمل ميتاً بطلت الوصية لأنّه لا يرث، وإن وُضِعَ حيّاً صحّت له الوصية⁽⁴⁾، فبحسب الحنفية⁽⁵⁾ تصحّ الوصية للحمل إن ولدته أمه حيّاً لأقل مدّة الحمل وهي ستة أشهر من من وقت الوصية، إذا كان زوج الحامل حيّاً، أي في حال الوصية للحمل، فإذا كان ميتاً، فالشّروط أن تأتي به حيّاً لأقلّ من سنتين من وقت الموت، أمّا إن أتت به ميتاً، فلا تجوز الوصية؛ وإن كانت المرأة معتدة من طلاق بائن فالشّروط أيضاً أن تأتي به لأقلّ من سنتين من تاريخ الطلاق، أمّا المالكية⁽⁶⁾ فقالوا بصحة الوصية لحمل موجود أو سيوجد إن استهلّ صارخاً ونحوه، مما يدلّ على تحقّق حياته، وفي قول لا يستحقّ شيئاً من غلّة

(1) العربي بلحاج . الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري - الميراث والوصية - ج 2 ص 264...266.

(2) المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1992/11/24 - ملف رقم 86039 - (المجلة القضائية لسنة 2007. عدد خاص . 292).

(3) المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1997/07/09 - ملف رقم 166090 - عدد خاص. ص 298.

(4) وهبة الزحيلي . الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 181.

(5) الكاساني. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ج 7 ص 336 و 350.

(6) التّردير. الشّرح الصغير. ج 4 ص 581 و 582.

الموصى به؛ لأنّه لا يملك إلّا بعد وضعه حياً، وأمّا الحنابلة⁽¹⁾ فقالوا بصحّة الوصيّة للحمل إن أتت به حياً لأقلّ من ستّة أشهر، حال الوصيّة، هذا ورأى الشافعية⁽²⁾ صحّة الوصيّة لحمل وتنقذ إن انفصل حياً، وعلم وجوده عند الوصيّة، بأن انفصل لدون ستة أشهر إن كانت ذات زوج؛ لأنّ الظاهر وجوده عند الوصيّة. وعلى هذا يُمكن أن تكون الوصيّة للحمل بشرط علم الموصي بوجوده وقت الوصيّة⁽³⁾، واتفق الفقهاء⁽⁴⁾ على صحّة الوصيّة للحمل؛ لأنّه يرث، والوصيّة أخت الميراث، ويشترط في صحّة الوصيّة للحمل عند الجمهور غير المالكية⁽⁵⁾ ما يأتي:

1- أن يكون موجوداً في بطن أمّه عند إنشاء الوصيّة؛ فإن لم يثبت وجوده، بطلت الوصيّة، ويكون التحقق ما إذا كان الحمل موجوداً وقت إنشاء الوصيّة عند الحنفية⁽⁶⁾، بأن يقرّ الموصي بوجود الحمل وقت الوصيّة، وتضعه أمّه لأقلّ من سنتين من وقت الوصيّة، سواء أكانت زوجة أم معتدة من طلاق أو وفاة. وفي صورة لم يقرّ بالحمل، يشترط أن يولد حياً لأقلّ من ستة أشهر من تاريخ الوصيّة، إذا كانت الأم زوجة أو معتدة من طلاق رجعي، أي بأن كان زوجها حياً؛ فإن ولدته لستة أشهر فأكثر، فلا تصح الوصيّة. وإن كان زوجها ميتاً اشترط أن يولد حياً لأقلّ من سنتين من يوم الوفاة، أو الفرقة إذا كانت معتدة من وفاة أو فرقة بئنة، بدليل ثبوت نسبه، أي إذا جاءت به في تلك المدّة ثبت نسبه من أبيه. لقد وافق الشافعية والحنابلة⁽⁷⁾ الحنفية في الحالة الأولى، بأن جعلوا الوصيّة صحيحة للحمل إذا أتت به أمّه لأقلّ من ستّة أشهر منذ الوصيّة، إذا كانت ذات زوج، وخالفوا الحنفية في الحالة الثانية فيما إذا لم تكن الأم ذات زوج، فصحّحوا الوصيّة للحمل إذا انفصل حياً لأربع سنين من تاريخ الوصيّة، فإذا ولد لأكثر من أربع سنين من حين الفرقة، وأكثر من ستّة أشهر من حين الوصيّة، لم تصح الوصيّة له، لاحتمال حدوثه بعد الوصيّة.

2- أن يولد حياً حياة مُستقرّة بظهور علامات الحياة، من بكاء وصراخ وشهيق ونحوها من الخبرة الطبيّة باتفاق المالكية والشافعية والحنابلة، وعند الحنفية أن يولد أكثره حياً.

3- أن يوجد على الصفة التي عيّنها الموصي: فإذا كانت الوصيّة لحمل من شخص معيّن، اشترط لصحّة الوصيّة أن يثبت نسب الحمل شرعاً من الشّخص المعيّن، أمّا إذا ولدت المرأة أكثر من ولد في وقت واحد، أو

(1) ابن قدامة. المغني. ج 6 ص 506.

(2) الرملي. نهاية المحتاج. ج 6 ص 44.

(3) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 214.

(4) ابن عابدين. حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبوحنيفة. ج 6 ص 653؛ الرملي. نهاية

المحتاج. ج 6 ص 42 و 43؛ ابن قدامة. المغني. ج 6 ص 465.

(5) بن جزي. القوانين الفقهية. ص 595.

(6) الكاساني. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ج 7 ص 336 و 350.

(7) ابن قدامة. المغني. ج 6 ص 506؛ الرملي. نهاية المحتاج. ج 6 ص 44.

في وقتين بينهما أقل من ستة أشهر، كانت الوصية لهم جميعاً إذا ولدوا أحياء، ويقسم الموصى به بينهم بالتساوي، وإن ولد أحدهما حياً والآخر ميتاً، كانت الوصية للحيّ دون الميت، وإن مات أحدهما بعد ولادته حياً، كان نصيبه لورثته إذا كان الموصى به عيناً كدار، لأنه ملكها ملكاً تاماً، وإن كان منفعة عادت إلى ورثة الموصي؛ لأنّ الوصية بالمنافع تنتهي بالموت، مالم يوجد شرط آخر، فيعمل به⁽¹⁾.

أشار المشرع الجزائري إلى إمكانية الوصية للحمل من خلال المادة 187 من قانون الأسرة التي نصّت على: "تصحّ الوصية للحمل بشرط أن يولد حياً، وإذا ولد توأم يستحقّونها بالتساوي ولو اختلف الجنس"، فمن خلال المادة يشترط المشرع ميلاد الحمل حياً حتى يستحقّها، وفي صورة تعدّد الحمل يستحقّونها بالسوية على خلاف الميراث الجاعل من نصيب الذكور ضعف الأنثى.

واشتملت المادة 134 أيضاً الحديث عن الحمل من خلال نصّها على: "لا يرث الحمل إلاّ إذا ولد حياً، ويُعتبر حياً إذا استهلّ صارخاً أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة"، وتتقاطع هاتان المادتان مع نصّ المادة 25 من القانون المدني التي نصّت على: "على أنّ الجنين يتمتّع بالحقوق المدنية بشرط أن يولد حياً".

كما أنّ نصّ المادة اشترط ميلاد الحمل حياً دون أن يشترط وجوده أثناء الوصية أو لا⁽²⁾، فالملاحظ صحّة الميراث للحمل وكذا الوصية بموجب نصوص قانون الأسرة، وحصول التوافق بين قانون الأسرة والقانون المدني من حيث اشتراط الولادة حياً بإظهار أية علامة على ذلك، ومراعاة أن يولد بين الفترة المحددة قانوناً أي المدة الدّنيا وهي 6 أشهر والقصوى وهي 10 أشهر⁽³⁾.

خامساً: الوصية المشتركة.

يقصد بالوصية المشتركة أن يتعدّد الموصى لهم مع وحدة الموصى به، وصورة ذلك أن يوصي شخص لأشخاص معيّنين ولجهة بشيء واحد، أو يوصي لجهة ولعنيين ولغير محصورين، فتكون القسمة بينهم باعتبار كلّ من الجهة والجماعة غير المحصورة، وكلّ واحد من المعيّنين بأسمائهم أو بالإشارة إليهم أو بما يدلّ على تعيينهم، تعييناً شخصياً، فيكون لكلّ معيّن نصيب، أمّا من لا يحصى فلا يمكن معرفة عددهم فيكون لهم سهم مشترك بينهم⁽⁴⁾.

فالوصية المشتركة هي أن يكون الموصى له مجموعاً مشتركاً من معين وجماعة محصورة، وجماعة غير محصورة، وجهة بر، كالوصية بثلث ماله لخالده، ولأولاده الأربعة، وللفقراء، وللمستشفى⁽⁵⁾، فتقسم الوصية في هذا المثال سبعة أسهم، ويعتبر لكلّ معيّن، ولكلّ فرد من أفراد الجماعة المحصورين، ولكلّ جماعة غير

(1) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 216.

(2) الرشيد بن شويخ. الوصية والميراث شرح قانون الأسرة الجزائري. دار الخلدونية، القبة القديمة، الجزائر، ط1، 2008. ص 26.

(3) العربي بلحاج. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري - الميراث والوصية - ج 2 ص 257.

(4) إلياس ناصيف. الوصية (الوصية للمسلمين وفي القانون الدولي الخاص). ج 2 ص 123.

(5) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 221.

محصورة، ولكل جهة برّسهم، فيعطى لخالدهم، ولكل ولد من أولاده، سهم، وللفقراء سهم، وللمستشفى سهم، وبه اعتبر لفظ «الفقراء» كشخص واحد، أخذاً برأي الإمامين أبي حنيفة وأبي يوسف⁽¹⁾، وقال الشافعية⁽²⁾ لو أوصى لزيد والفقراء، فالمذهب أنه كأحدهم في جواز إعطائه أقل شيء مُتموّل، وقال الحنابلة⁽³⁾: لو أوصى لزيد وللفقراء، قسم بين زيد والفقراء نصفين، نصف له ونصف للفقراء.

أما المشرّع الجزائري فقد ضمّن قانون الأسرة فكرة إمكانية الإيصاء المشترك بين شخصين فأكثر، من خلال المادة 194 التي نصّت على: "إذا أوصى لشخص ثمّ أوصى لثاني يكون الموصى مُشتركا بينهما"، فواضح أنه جاء بفكرة الاشتراك بالرغم من أنه نصّ على شخصين فقط، غير أنّ مصطلح "مُشتركا" يعكس المعنى العام للمادة، أي قسمة الموصى به على عدد الموصى لهم.

فلا تنقض الوصية الثانية الوصية الأولى والمُنصبة على مال واحد، فيكون المال مشتركاً بين الموصى لهما يتقاسمانه بالتساوي، ولا تعدّ الوصية الثانية تراجعاً ضمّنيا عن الوصية الأولى⁽⁴⁾.

ومن خلال صياغة المشرّع الجزائري لنصّ هذه المادة فذلك يولّد إشكالا في التّنفيد، ولا سيما إذا زادت قيمة الوصايا عن الثلث ولم يُجز ذلك الورثة، وهلى هذا الأساس لابدّ من تخفيض قيمة الوصايا إلى الثلث، ويقسم الثلث بين الموصى لهم بحسب نسبة الوصية⁽⁵⁾.

كما أنّ المادة 195 أيضا جاءت في نفس المنحى، غير أنّها جاءت بخصوص عدم تحديد الموصى له إذ نصّت على: "إذا كانت الوصية لشخصين معيّنين دون أن يحدّد ما يستحقّه كلّ منهما ومات أحدهما وقت الوصية أو بعدها قبل وفاة الموصي، فالوصية كلّها للحيّ منهما، أمّا إذا حدّد ما يستحقّه كلّ منهما فالحيّ لا يستحقّ إلّا ما حدّد له".

فجاء هذا النصّ مكرّسا للقاعدة العامة التي تجعل الوصية باطلة إذا توفي الموصى له قبل الموصي، فوفاة الموصى له وقت الوصية أو بعدها وقبل وفاة الموصى له الثاني يترتّب عليه إذا حدّدت الوصية نصيب كل من الموصى لهما أو لم تحدّده، فإذا لم تحدّده تبطل الوصية للموصى له المتوفى، ويستحقّ الموصى له الحيّ الوصية كلّها لأنّها غير محدّدة، أمّا إذا كانت محدّدة نصيب كلّ واحد منهما فإنّ الموصى له الحيّ لا يأخذ إلّا ما أوصى له، ويؤول نصيب الموصى له المتوفى إلى تركة الموصي⁽⁶⁾.

يُعدّ هذا الطّرح مُناقضا لما جاءت به المادة 194 من قانون الأسرة التي تضمّنت تقسيم الوصية بينهما في حال وجود وصيّتين لشخصين، ثم يعتمد إلى إعطائها للحيّ في حالة وفاة الموصى له الثاني وكأنّه عقاب له على

(1) الكاساني. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ج 7 ص 343.

(2) الشربيني. مغني المحتاج. ج 3 ص 62.

(3) ابن قدامة. المغني. ج 6 ص 578.

(4) لحسين بن شيخ آث ملويا. المرشد في قانون الأسرة. ص 421.

(5) الرشيد بن شويخ. الوصية والميراث شرح قانون الأسرة الجزائري. ص 44.

(6) لحسين بن شيخ آث ملويا. المرشد في قانون الأسرة. ص 422.

وفاته، وكان من الأخرى أن ينصّ المشرّع على بطلانها بالوفاة أو استمرارها مع الورثة حتى ينتفعوا بها بعد موت مورّثهم الموصى له، ولا يمكن للحّيّ منهما أخذها كلّها لا سيما وأنّ الموصي لا يزال حيّاً، إلّا إذا نصّ على إعطائها كلّها للحّيّ منهما.

كما أنّ النصّ لم يتضمّن الإشارة إلى حالة تحديد نصيب كلّ منهما وتوفي أحدهما، فالحيّ لا يستحقّ إلّا نصيبه ولم يُشرّ النصّ إلى مصير الوصيّة للموصى له الآخر المتوفى، وعليه فهي باطلة وتعود للموصي، أو انتقالها لورثة الموصى له المتوفى إذا نصّ على ذلك في الوصية أو قرّر الموصي انتقالها إليهم⁽¹⁾.

سادسا: الوصيّة بقسمة التّركة.

يمكن أن ينصب موضوع الوصيّة حول تقسيم التّركة بين الورثة، بمقدار نصيب كل واحد منهم في التّركة، تفاديا للخلافات، فرأى جمهور الفقهاء عدم إلزامية الورثة بهذا التّقسيم، فيمكنهم القبول أو الرّفص؛ لأنّ القيمة المالية لأعيان التّركة قد تكون متساوية، لكن المصلحة فيها متفاوتة، بينما يرى بعض فقهاء الشافعية والحنابلة⁽²⁾ إمكانية صحّة هذا التّقسيم، ويلزم به الورثة، ما دامت القسمة عادلة، فأعطي لكلّ وارث ما يستحقّه، فلا حاجة لإجازة الورثة.

ولم يتضمّن المشرّع فكرة الوصيّة بقسمة التّركة في حياة الموصي المورّث في نطاق قانون الأسرة، بينما اعتبرها بموجب القانون المدني محظورة، إذ لا يمكن قسمة تركة إنسان على قيد الحياة حتى بإرادته، وفقا لنصّ المادة وفقا للمادة 92 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثانية التي نصّت على: "...غير أنّ التّعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه، إلّا في الأحوال المنصوص عليها في القانون"، وهوما يتماشى مع اتّجاه المحكمة العليا من خلال ضرورة تحقّق وفاة المورّث حتى يتمّ تقسيم التّركة، وعلى هذا فالوصيّة غير ممكنة بهذا الشّكل، وهو ما تبنّاه القرار الذي نصّ على: "إذا كانت عبارات العقد واضحة، فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين. وعليه فإنّ القضاء برفض الدّعى الزّامية إلى إلغاء عقد الوصيّة، هو قضاء سليم مادام قصد الهالك ينصرف إلى توزيع أملاكه على الورثة أثناء حياته"⁽³⁾.

كما أنّه ليس بإمكان الموصي تعيين من يرثه من الأقارب واستبعاد بقية الورثة، وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا من خلال قرارها الذي نصّ على: "وحيث أنّ العقد المحرّر من قبل الأستاذين: "جان بيار ديهوي وديدي سقي" بتاريخ 20-03-2007 تضمّن وصيّة بخط اليد محرّرة من قبل المدعو(ب.ك) بسيدي عيش بتاريخ 12-01-1983، والتي صرّح بموجبها تعيين المدعو(و.ع) كوارث شرعي وحيد لكلّ ما يملكه من عقّار ومنقول وأشياء شخصية أخرى، وجميع ما آل إليه من والده وعمّته، ولا يمكن لأيّ شخص آخر من الأقارب

(1) الرشيد بن شويخ . الوصيّة والميراث شرح قانون الأسرة الجزائري. ص 45.

(2) الشربيني. مغني المحتاج. ج3 ص 44؛ ابن قدامة. المغني. ج 6 ص 480؛ ابن عابدين. حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة. ج 6 ص 761.

(3) المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 2002/01/16 - ملف رقم 278004 - (المجلة القضائية لسنة 2003. العدد الأول . ص 367).

أو من الغير الإدعاء بأن له الحق في أي شيء من التركة، وبالتالي فقد ثبت من تلك الوصية التي تضمنها العقد المذكور بأن المورث (ب.ك) قد عين الطاعن (وع) وارثا وحيدا له يرث كل التركة، وحرّم بذلك أخويه المطعون ضدّهما منها، ومن ثمّ فإنّ ذلك وإن يعدّ جائزا وفقا لأحكام القانون المدني الفرنسي. فإنّه مُخالف في الجزائر لأحكام قانون الأسرة الجزائري ولأحكام الشريعة الإسلامية⁽¹⁾.

الفرع الرابع: الوصية بمثل نصيب أحد الورثة.

تجوز الوصية بمثل نصيب أحد الورثة اتفاقا⁽²⁾، والوارث الذي يوصي بمثل نصيبه قد يكون معيّنا كأن يوصي شخص لشخص آخر بمثل نصيب ابنه أو ابنته، وقد يكون غيرا، كأن يوصي بمثل نصيب أحد الورثة دون تعيينه، فإذا لم يعبّر الموصي ما أوصى بمثل نصيبه من الورثة، فإن كان الورثة مُتساوين في التّصيب كان للموصى له مثل نصيبهم، ولذلك فإذا كان للموصي ثلاثة أبناء أو أربعة إخوة فإنّ للموصي ربع التركة مع الأبناء، وله الخمس مع الإخوة⁽³⁾، وإن اختلفت أنصبتهم فيستحقّ عند الجمهور⁽⁴⁾ مثل نصيب أقلهم ميراثا؛ لأنّه نصيب أحدهم، فهو اليقين، وما زاد فمشكوك فيه، وقال المالكية⁽⁵⁾ يُعطى مثل نصيب أحدهم إذا كانوا يتساوون من أصل المال، ويقسم الباقي بين الورثة؛ لأنّ نصيب الوارث قبل الوصية من أصل المال، فلو أوصى بمثل نصيب ابنه، وله ابن واحد، فالوصية بجميع المال إن أجاز الابن الوصية، وإلاّ فللموصى له ثلث التركة فقط، وإن كان له ابنان فالوصية بالتّصف، وإن كانوا ثلاثة فالوصية بالثلث.

لقد اختلف الفقهاء في الوصية بنصيب وارث موجود عند الوفاة، فرأى الجمهور⁽⁶⁾ أنّ الوصية صحيحة، ويكون ذلك كالوصية بمثل نصيبه؛ لأنّ الغرض من ذكر التّصيب هو التّقدير به، وليس الغرض منه الوصية بما سيكون للابن بعد الموت، حتى يكون موصياً بمال الغير، وهذا سائغ لغة وعرفاً، بينما رأى الحنفية⁽⁷⁾ أنّ الوصية تعدّ باطلة، على أساس أنّها وصية بمال الغير، فنصيب الابن سيُصيبه بعد الموت، على على العكس من الوصية بمثل نصيب ابنه، فمثل الشيء غيره، وعلى كلّ يمكن إجمال حكم الوصية بمثل نصيب أحد الورثة باختلاف الحالات التالية:

- (1) لحسين بن شيخ آث ملويا. المرشد في قانون الأسرة. ص 415 و 416. أنظر المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية والمواريث - قرار غير منشور صادر بتاريخ 2013/12/12 - ملف رقم 1250).
- (2) الدردير. الشرح الصغير. ج 4 ص 597؛ الشيرازي. المهذب في فقه الإمام الشافعي. ج 1 ص 457؛ الكاساني. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ج 7 ص 356. ابن قدامة. المغني. ج 6 ص 477.
- (3) علي الخفيف. أحكام الوصية. دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ط 1. 2010. ص 385.
- (4) الشيرازي. المهذب في فقه الإمام الشافعي. ج 1 ص 457؛ الكاساني. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ج 7 ص 356؛ ابن قدامة. المغني. ج 6 ص 476.
- (5) الدردير. الشرح الصغير. ج 4 ص 598.
- (6) الشيرازي. المهذب في فقه الإمام الشافعي. ج 1 ص 457؛ الدردير. الشرح الصغير. ج 4 ص 597؛ ابن قدامة. المغني. ج 6 ص 477.
- (7) الكاساني. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ج 7 ص 357.

أولاً: الحالة الأولى: إذا أوصى بمثل نصيب وارث معيّن.

يتجلى ذلك من خلال الوصية لشخص معيّن، بمثل ابن أو ابنة للموصي، فللموصى له مثل نصيب ذلك الوارث، كمن يوصي لشخص بمثل نصيب ابنه، وتوفي وله ابن واحد، كان للموصى له المال كله إن أجاز ابنه الوصية، وإن لم يُجزها كان للموصى له الثلث⁽¹⁾، وإن توفي وله ابنان كان للموصى له نصف المال، إذا أجاز الولدان الوصية وإلا كان له الثلث، وفي صورة ما توفي وترك ثلاثة أبناء كان للموصى له الثلث دونما حاجة لإجازة الأبناء⁽²⁾.

ثانياً: الحالة الثانية: إذا أوصى بمثل نصيب أحد ورثته ولا يعيّنه.

كأن يوصي لشخص ما بنصيب أحد ورثته دون أن يعيّن المقصود منهم، ففي هذه الحالة يختلف الحال في صورتين بحسب تساوي نصيب الورثة أو تباينهما.

1- في الصورة الأولى أن يكون الورثة جميعاً متساوين في السّهام.

2- في الصّورة الثانية أن يكونوا غير متساوين.

ولكلّ صورة حكم: ففي الصّورة الأولى أن يعطى بمقدار واحد، والثانية أن يُعطى بقدر أقلّ الورثة سهماً، وفي الحالتين تقسّم المسألة بالسّهام، ويُزاد على مجموعهما مقداريّ سهم أحد الورثة في حال التّساوي، ومقدار أقلّهم سهماً في حال عدم التّساوي، ويمكن إعطاء مثال عن كلّ صورة.

كمثال عن الصّورة الأولى أن يوصي بمثل نصيب أحد ورثته لابن أخيه الشّقيق، ويموت تاركاً ثلاث زوجات، وثمانية أخوات شقيقات، وأخ لأب، ففي هذه الحالة تقسّم المسألة بالسّهام، فللزوجات الرّبع، وللشّقيقات الثّلاثين، وللأخ الباقي تعصيباً، فأصل المسألة من اثني عشر، للزوجات الرّبع ثلاثة أسهم، وللشّقيقات الثّلاثين ثمانية أسهم، لكلّ واحدة سهم، وللأخ لأب سهم واحد هو الباقي، فيتساوى الورثة ويأخذ بمقدار واحد، ويُضاف على الأصل سهم واحد لتصبح المسألة من ثلاثة عشر سهماً ويأخذ الموصى له سهم واحد.

أمّا المثال عن الصّورة الثانية أن يوصي لابن أخيه الشّقيق بنصيب أحد الورثة ويموت عن ثلاث زوجات، وبنيتين، وابن ابن، فللزوجات الثّمن، وللبنتين الثّلاثين، ولابن الابن الباقي تعصيباً؛ فأصل المسألة أربعة وعشرون، للزوجات الثلاث ثلاثة أسهم لكلّ واحدة منهنّ سهم واحد، وللبنتين ستة عشر لكلّ واحدة ثمانية، ولابن الابن الباقي خمسة أسهم، فيكون للموصى له نصيب يماثل أقلّ الأنصبة، وفي مثال الحال نصيب إحدى الزوجات وهو سهم واحد، فيضاف لأصل المسألة لتصبح من خمسة وعشرين⁽³⁾.

(1) التّردير. الشّرح الصغير. ج 4 ص 597.

(2) العربي بلحاج. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري - الميراث والوصية - ج 2 ص 302.

(3) محمد أبو زهرة. شرح قانون الوصية. ص 112.

وأشار المشرع المغربي إلى حالة الوصية بمثل نصيب أحد الورثة من غير تعيين، فللموصى له جزء من عدد رؤوسهم، على أن لا يزيد عن الثلث إلا بإجازة الورثة الراشدين، وهوما نصّت عليه المادة 300 من المدونة.

ثالثا: الحالة الثالثة: إذا أوصى بمثل نصيب أحد الورثة المعدومين.

كأن يوصي شخص لآخر قائلا: أوصيت لفلان بنصيب ابن لو كان، ويجدر التفرقة بين صورتين أيضا.

1- تتوضّح الصّورة الأولى في الوصية بنصيب ابن لو كان، تقسم المسألة على الورثة الموجودين إذا لم يكن فيهم محجوب، ثمّ يُزاد على أصل الفريضة مثل سهام الابن ويكون للموصى له، ومثال ذلك من أوصى بنصيب ابن لو كان وترك ابنتين، كان لكلّ منهما النّصف والمسألة من سهمين، يُضاف إليهما سهمان آخران هما سهم الابن، فتكون أربعة سهام، للموصى له سهمان ولكلّ بنت سهمان، فإن لم تُجزأ البنات الوصية انحصرت وصية الموصى له في الثلث.

2- أمّا الصّورة الثانية فتتحقّق إذا أوصى بنصيبه أو بمثل نصيبه لو فرض موجودا في وصية حجب حرمان أو نقصان لغيره من الورثة، فالفريضة لا تحصى لجميع الورثة، بل تصحّ على أساس وجود ذلك المعدوم، ومثال ذلك من أوصى بنصيب ابن لو كان، وترك أخا وبنتا، فلو فرض وجود الابن لحجب الأخ، فتصحّ الفريضة على وجوده، فيكون للابن الثلثان وللبنات الثلث، ويكون للموصى له نصيب الابن أي الثلثان إذا أجازها الأخ والبنات، أمّا إذا لم يجزها فللموصى له الثلث فقط⁽¹⁾.

رابعا: الحالة الرابعة: إذا أوصى بمثل نصيب أحد الورثة مع الوصية بسهم معلوم شائع في التركة.

في مثل هذه الحالة ينبغي اتّباع خطوات هي:

- 1- أن تُوزّع المسألة بالسّهام بين الورثة، حتى يُعلم مقدار سهام كلّ وارث.
 - 2- أن يُضاف إلى أصل المسألة عدد سهام الوارث، ويُعلم مقدار سهام الموصى له بمثل نصيب الوارث، مع الأخذ بالحسبان أنّ أصل الفريضة، وهو مقدار الباقي بعد المقدار الذي أوصى به للموصى له الآخر.
 - 3- إذا كانت الوصية بقسمها نافذة من غير إجازة الورثة، بأن كانت لا تتجاوز الثلث أو تتجاوزته وأجازوها نفذت الوصيتان، أمّا إذا لم يجزوها ولم يسع الثلث قُسم بينهما بالمحاصة، أي بنسبة الأسهم⁽²⁾.
- ومثال ذلك من أوصى بربع ماله لشخص وبمثل نصيب ابنه لشخص آخر، ومات عن ابنين، كانت الفريضة من سهمين لكلّ ابن سهم واحد، ويُزاد عليها سهم للموصى له بمثل نصيب أحد الابنين، فتُصبح كأنّها وصية بالثلث مع وصية بالربع، وبجمعهما يُحصل على أكثر من الثلث، فالتّفاذ فيما زاد عن الثلث

(1) العربي بلحاج . الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري - الميراث والوصية - ج2 ص 303 و 304.

(2) محمد أبو زهرة. شرح قانون الوصية . ص 112 و 113.

موقوف على إجازة الورثة، فإن لم يجزوه كان الثلث بين الموصى لهما حسب سهامهما فتقسم بينهما أسباعا، 4 سهام لصاحب الثلث، و3 سهام لصاحب الربع⁽¹⁾.

خامسا: الحالة الخامسة: الوصية بمثل نصيب أحد الورثة مع الوصية بعين أو نقود.

قد يحدث وأن تجتمع الوصية بمثل نصيب وارث سواء كان معيناً أو غير معين، مع الوصية أيضا بعين من أعيان التركة، أو بمقدار من النقود، ففي هذه الحالة تقدر النقود الموصى بها أو الأعيان الموصى بها أولا، وتحديد قيمتها بالمقارنة مع القيمة الكلية للتركة، وما تساويه من السهام بالنسبة لها، تساوي الربع أو الثلث أو السدس، فإذا قدرت ذلك التقدير قدرت معها سهام الورثة وسهام الوارث الموصى له بمثل نصيبه، وعرف كل ما يخص كلاً من الموصى لهما من سهام قسمت التركة على المجموع⁽²⁾.

ومثال ذلك من أوصى لشخص بمثل نصيب ابنه، ولشخص آخر ب 1000 دج ومات الموصي عن ابنين، فلا بدّ من تقدير القيمة الإجمالية للتركة ومعرفة قيمة 1000 دج لمجموعها، فبفرض أنّ مجموعها كان 6000 دج فيمثل نصيب الموصى له بالنقود السدس، ثمّ تقدر الوصية بمثل نصيب الابن بما تساويه من سهام التركة، كأنه لا وصية غيرها، والفريضة في هذا من اثنين بالإضافة إلى سهم الموصى له، فيكون له ثلث التركة وهو 2000 دج، ولكن قيمة الوصيتين أكثر من الثلث، فإذا لم يجز الورثة الزيادة قسم الثلث بين الموصى لهما بالمحاصة بنسبة 2:1⁽³⁾.

الفرع الخامس: حماية الورثة من الوصية الصورية.

قد تتم الوصية بشكل يوحي أنّها كذلك إلا أنّها تخفي تصرفاً آخر تحايلا على القانون، ومحابة لبعض الورثة على البقية بغية الاستئثار بما هو مصرّح به، ولذلك ينطوي ذلك على عدّة مسائل لا بدّ من معالجتها كما يلي:

أولاً: التصرف لوارث والاحتفاظ بالحيازة.

قد يصدر التصرف في شكل وصية تخفي تصرفاً آخر كبيع أو هبة لأحد الورثة، وهو ما شملته المادة 777 من القانون المدني الجزائري بنصّها على: "يُعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدّة حياته مالم يكن هناك دليل يخالف ذلك"، ولإعمال هذا النص لا بدّ من تطبيق الشروط التالية:

- 1- أن يصدر التصرف من المورث إلى أحد ورثته.
- 2- أن يحتفظ المورث بحيازة العين التي تمّ التصرف فيها مدّة حياته، ويكفي مجرد وضع اليد.
- 3- أن يحتفظ المورث بحق الانتفاع طيلة حياته.

(1) العربي بلحاج . الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري - الميراث والوصية - ج2 ص 305.

(2) محمد أبو زهرة. شرح قانون الوصية . ص 115.

(3) العربي بلحاج . المرجع السابق. ج2 ص 306.

وباجتماع هذه الشروط تقوم قرينة بسيطة بأنّ التصرف وصيّة، وتجري عليه أحكامها بصرف النظر عن تكييف التصرف بيعا، كان أوهبة، أو مبادلة، ويمكن للمتصرف إثبات عكس ذلك بكافة الطرق كإثباته أداء الثمن، أو أنّ التصرف كان القصد منه انتقال الملكية حال حياته، أو أنّ حيازته أو انتفاعه بالشيء المتصرف فيه يقوم على أساس تصرف آخر كإيجار أو عارية أو مقاصة ديون، ويخضع ذلك لسلطة القاضي التقديرية وقناعته⁽¹⁾.

فإذا نجح الطّاعن في إثبات أنّ التصرف هو وصيّة مستترة عملا بأحكام هذه المادة، فإنّه ينجم عن ذلك عدم جواز الوصيّة للوارث، وبالتالي يبطل التصرف الذي يشترط بقاء الحيازة والانتفاع مدى الحياة للمورث. والملاحظ أنّ النص جاء مقتصرًا على التصرف لوارث، ولكن سقوط القرينة القانونية لا يعني سقوط القرينة القضائية، لا سيما إذا دُلّ الورثة بالقرائن وظروف وملابسات التصرف على إبطاله إذا حرموا من الميراث.

فإذا قام الدّليل على توافر شروط قرينة المادة 777 من القانون المدني، وقع عبء الإثبات على من يتمسك بالقرينة وارثا كان أو دائنا، وعلى القاضي أن يكيّف القرينة باعتبار التصرف وصيّة، ولا تنفّذ إلّا في حدود الثلث، ولا ينفّذ أيضا في حقّ الدّائنين إذا كانت التركة مستغرقة بالدّين، وعلى الغير المتصرف إليه أن يثبت عكس القرينة⁽²⁾.

وقد عالجت المحكمة العليا فكرة اعتبار التصرف وصيّة، إذا تمّ ذلك بطريقة تجعل من المتصرف يستثنى لنفسه حيازة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدّة حياته، وهو ما بيّنه القرار التّالي: "من المقرّر قانونا أنّه يعتبر التصرف وصيّة وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدّة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك. ومن ثمّ فإنّ النّعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون غير وجيه يستوجب رفضه. ولما كان من الثّابت في قضيّة الحال- أنّ التصرف قد تمّ بلا مقابل تحت شرط واقف متعلّق بسبق وفاة أحد الممتلكين (الأب أو البنت)، فإنّ قضاة الموضوع بتعيينهم للموثق لتحرير فريضة وحصر مخلفات المتوفّي طبقوا القانون تطبيقا سليما، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطّعن"⁽³⁾.

(1) حمدي باشا عمر. عقود التبرعات الهبة - الوصيّة - الوقف. دار هومة، بوزريعة، الجزائر، ط 2004. ص 63 و 64.

(2) عبد العزيز محمودي . رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري . ص 112 و 113.

(3) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1991/05/28- ملف رقم 74249 - (المجلة القضائية لسنة 1993. العدد الثاني . ص 28).

ثانيا: التصرف في مرض الموت.

إن الوصية في مرض الموت جائزة على الرغم من أن المشرع الجزائري لم يتطرق لها في نطاق قانون الأسرة بل بموجب القانون المدني⁽¹⁾ ولا سيما المادة 776 التي نصت على: "كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبّع يعتبر مضافا إلى مابعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيّا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف"، فمن خلال هذه المادة يمكن التوصل إلى:

- 1- أن المادة تنصبّ حول القصد وليس بظاهر العقد وتخضع المسألة لسلطة وقناعة القاضي.
- 2- إذا كان التصرف مُنصبّا على معنى التبّع فتسري عليه أحكام الوصية ومثال ذلك الهبة.
- 3- إذا كان ظاهر التصرف معاوضة وادّعى أحد الورثة أنه تبّع، وأقام الدليل على ذلك يسري عليه حكم الوصية وليس حكم المعاوضات التي تبرم في مرض الموت⁽²⁾.

فالمشرع الجزائري لم يبيّن سبب تقييد التصرف في مرض الموت، وجاءت النصوص في هذا الشأن عامة في قانون الأسرة وكذا المدني، وبالعودة إلى أحكام الشريعة الإسلامية فالقاعدة الشرعية تقتضي عدم سريان التصرف المضّر بالورثة وإعطائها صفة الوصية، فتقييد تصرفاته ليس بسبب عدم أهليته بل بغرض الحفاظ على حقّ الورثة ومنع المورث من تفضيل بعضهم على البعض الآخر، فأهليته كاملة كأهلية الأصحاء تماما، غير أنّ قرارا للمحكمة العليا قد جعله فاقدا للتمييز بنصّه على: "متى كان من المقرّر فقها وقضاء أنّ مرض الموت يبطل التصرف الذي هو المرض الأخير إذا كان خطيرا ويجرّ إلى الموت وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه..."⁽³⁾، وهذا مُجافٍ للصواب ذلك أنّ أهليته مُماثلة للصحيح تماما، كما يبيّن القرار أنّ مرض الموت مقيد لحرية التصرف بسبب تعلّق حقّ الورثة بأموال المريض⁽⁴⁾.

فقد يعتمد المريض مرض الموت إلى تفضيل بعض الورثة عن الآخرين ويتحايل على القانون، ويعطي لتصرفه الضّار وصفا مغايرا لحقيقته، ويمكن أن ينطوي على بيع، وهو ما شملته المادة 408 من القانون المدني الجزائري بنصّها على: "إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإنّ البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أجازته الورثة. أمّا إذا تمّ البيع للغير في نفس الظروف فإنّه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلا للإبطال"، وتتحقّق صفة الوارث وقت الوفاة وليس وقت البيع، ولذلك من لم تكن له هذه الصّفة وقت انعقاد البيع وتحقّقت له وقت الوفاة يمكن له الاعتراض وعدم قبول نفاذ البيع الذي أجراه مورثه بقدر حصّته، ويشترط أن يكون الإقرار بعد الوفاة، وأن يكون الوارث المقرّر للبيع أهلا للتبّع عاقلا بالغًا راشدا، ولا عبرة للإقرار الواقع قبل وفاة المورث البائع.

(1) الرشيد بن شويخ . الوصية والميراث شرح قانون الأسرة الجزائري . ص 22.

(2) حمدي باشا عمر . عقود التبّعات الهبة - الوصية - الوقف . ص 65.

(3) المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1984/07/09 - ملف رقم 33719 - (المجلة القضائية لسنة 1989، العدد الثالث . ص 51).

(4) عبد العزيز محمودي . رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري . ص 42 .

كما يمكن للبعض من الورثة أن يعترض عن البيع وبالتالي ينفذ البيع في حق من أقره ولا يسري في حق من اعترض عليه بقدر الأنصبة، ولهم رفع دعوى ببطالان عقد البيع الذي أجازه مُورَثهم وأن يدعّموا دعواهم بإثبات أنه مريض مرض الموت، بكافة طرق الإثبات، مع ملاحظة أنّ المادة لم تبين صراحة المقصود بالمصادقة.

وقد قضت المحكمة العليا باعتبار عقد البيع الذي يتمّ خلال مرض الموت لفائدة أحد الورثة، مرتبطا بإقرار الورثة وفقا للقرار الذي نصّ على: "من المقرّر قانونا أنّ عقد البيع المُنجز أثناء مرض الموت لفائدة الوارث، لا يكون نافذا إلا إذا أقره باقي الورثة"⁽¹⁾.

ثالثا: ستر الوصية تحت عقد البيع.

يمكن أن تكون الوصية في شكل بيع غرضه إخفاء التصرف الحقيقي، تحايلا على القانون ومُحابة لبعض الورثة أو الغير على حساب البعض الآخر من الورثة وإضراراً بهم، ولذلك فإنّ لصاحب المصلحة الدّفع بأنّ العقد الذي أبرم هو وصية وليس بيعا، وعلى هذا الأساس فإنّ تفسير إرادة المتعاقدين يدخل في صميم عمل القاضي للتعرف على نية المتعاقدين، لا سيما أنّ التّكييف مسألة قانونية صرفة ويقع على القاضي التصدّي لها من تلقاء نفسه دون أن يلقي على عاتق المتعاقد عبء تقديم الدّليل، مع مراعاة أحكام المادة 198 من القانون المدني التي تنصّ على: "إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص، متى كانوا حسني النية، أن يتمسّكوا بالعقد الصّوري"، وكذا المادة 199 التي نصّت على: "إذا أخفى المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر فالعقد النّافذ فيما بين المتعاقدين، والخلف العام هو العقد الحقيقي"، فالواضح وجود عقدين: عقد ظاهر وآخر حقيقي اتّجهت إليه الإرادة، فمن يدّعي الصّورية يقع عليه عبء الإثبات.

ينبغي على القاضي تكييف التصرف تكييفا دقيقا وتصحيح التّكييف الذي دأب عليه المتعاقدان، ويكون ذلك بالمعاملة بنقيض القصد، ومثال ذلك من يريد أن يعطي شخصا آخر أكثر من ثلث التّركة بوجود الورثة، فيعتمد إلى التّحاييل على القانون بيعا أو هبة، فيتجرّد من الملك ويستبقى لنفسه المنفعة طيلة حياته، فالتصرف يبقى هبة ويعامل بقيود الوصية في نطاق الثّلت، ويبقى العمل بها هبة ومن ذلك عدم إمكانية الرّجوع فيها، ويقع على القاضي تكييف ذلك اعتمادا على الوقائع للقضية، وفي سياق المادة 777 من القانون المدني وجب التّفرة بين الدّفع بالصّورية وبالتّحاييل على نظام الإرث⁽²⁾.

كما أنّه في حالة ما كانت قيمة البيع أقلّ من الثّلت نفذ التصرف دون الحاجة لإجازة الورثة، وفيما زادت قيمة المبيع على ثلث التّركة داخلا فيه المبيع ذاته، لم تنقذ فيما جاوز الثّلت، إلّا بإجازتهم، فإذا لم

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1996/07/09- ملف رقم 139123- (المجلة القضائية لسنة 1996، العدد الثاني . ص 80).

(2) عبد العزيز محمودي . رد التّحاييل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري . ص 85 و 86.

يجزوها كان على المتصرف له أن يعيد مازاد عن الثلث للتركة لتكملة الثلثين، ولا يمكن للمورث التصرف فيها بالوصية عملاً بأحكام المادة 185 من قانون الأسرة⁽¹⁾.

الفرع السادس: حماية الأقارب من خلال الجانب الإجرائي لتنفيذ وإثبات الوصية.

حرص المشرع على إضفاء الشفافية على الوصية من خلال إخضاعها لإجراءات معينة بغية صون حقوق الورثة، ويتجلى ذلك من خلال تنفيذها وإثباتها وفقاً لما يلي:

أولاً: تنفيذ الوصية.

إذا كانت موجودات التركة كلها مالياً حاضراً، لا غائب منها ولا دين لها على أحد، تُنفذ الوصية من جميع المال، سواء أكان الموصى به نقوداً مرسله، أي مبلغاً غير معين كألف دينار مثلاً، أم شيئاً معيناً كدار معينة، أم سهماً شائعاً كربع التركة أو ثلثها، فتقدر التركة جميعها، ويأخذ الموصى له سهمه من كل المال، أما إذا كان بعض مال التركة حاضراً، وبعضها ديوناً، أو مالياً غائباً، فإن تنفيذ الوصية يختلف بحسب الأحوال، إذ قد يكون في التركة دين على أجنبي، أو دين على وارث⁽²⁾.

كما ينبغي التنبيه إلى أن وصية المدين ولو كان الدين مستغرقاً تنعقد ولا تقع باطلة، لأن العبرة بكونه مديناً أو غير ذلك تكون عند الوفاة، كما أن تعلق التركة بالدين إنما يكون عند الوفاة، ثم إن وقت إنشاء الوصية هو وقت الحياة وليس وقت موازنة بين ما يملك وما هو مدين به، فقد يكون مديناً عند إنشائها وغير مدين عند وفاته، وقد يكون العكس، كما أنه لا يمكن الحديث عن كون الوصية متوقفة على إجازة الدائنين بعد الوفاة، لأن ذلك يعني أن إجازتهم تؤدي لنفاذ الوصية في كل المال وهذا يتصادم مع حق الورثة⁽³⁾.

فالوصية في إطار النظام الإسلامي يمكن إثباتها بكافة وسائل الإثبات، ففي صورة ما أنكر الورثة الوصية كان على الموصى له أن يثبت ذلك، من خلال رفع دعوى عادية أمام الجهات القضائية واستصدار حكم قابل للتنفيذ.

أما إذا نظمت الوصية في شكل عقد محرر من الموثق، طبقاً للفقرة الأولى من المادة 191 من قانون الأسرة الجزائري، أو من طرف المحكمة في حالة وجود مانع قاهر وفقاً للفقرة الثانية من نفس المادة وهو ما يحدث غالباً، فلا لزوم للدعوى لأن حجة الوصية الشرعية المسجلة تنفذ من دون حاجة للدعوى، وعلى من يدعي بطلانها رفع دعوى بذلك، على أن هذه الدعوى لا توقف التنفيذ إلا إذا قررت المحكمة ذلك.

كما أن المشرع الجزائري لم يتطرق لمسألة تنفيذ الوصية في نطاق قانون الأسرة، وعلى هذا وجب العمل بأحكام المادة 222 المبحلة إلى أحكام الشريعة الإسلامية، والعمل أيضاً بأحكام التنفيذ المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(1) عبد العزيز محمودي. المرجع نفسه. ص 88 و 89.

(2) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 251.

(3) محمد أبو زهرة. شرح قانون الوصية. ص 213.

بل إنّ تنفيذها مُرتبط بالأساس بموت الموصي، وهو ما ترجمته المحكمة العليا من خلال قرارها الذي نصّ على: "من المقرّر قانوناً أن تكون الوصيّة في حدود ثلث التّركة ومازاد على الثلث يتوقّف على إجازة الورثة. ومتى تبين- في قضيّة الحال- أنّ الوصيّة صدرت في حياة الموصية لأولاد ابنها(س) حال حياة هذا الأخير في ثلث التّركة باعتبارهم غير وارثين، فإنّ قضاة المجلس بقضائهم بتأييد حكم المحكمة القاضي بحصر التّركة وتقسيمها على الورثة وتحديد نصيب كلّ وارث وإلغاء الوصيّة على أساس أنّ الموصى لهم يعدّون من ورثة الموصية فإنّهم خالفوا القانون وأخطأوا في تطبيقه"⁽¹⁾.

إنّ الموصى له هو من يملك صلاحية تنفيذ الوصيّة لأنّه صاحب المصلحة في ذلك، والموصي يمكن أن يعيّن وصيّاً على الورثة القاصرين، وتكون له صفة منقذ الوصيّة للقاصرين ولل كبار من الورثة والموصى لهم جميعاً، ويكون منقذ الوصيّة مسؤولاً كالوكيل العادي عن الأضرار الناتجة عن عمله أو إهماله، وإذا تعدّد المنقذون كانوا مسؤولين بالتضامن⁽²⁾.

ثانياً: إثبات الوصيّة.

إنّ إثبات الوصيّة مُحدّد في نطاق المادة 191 من قانون الأسرة، التي أشارت إلى أنّ ذلك يكون عبر تصريح الموصي بإرادته المنفردة أمام الموثّق وتحرير عقد بذلك، أو بواسطة حكم بسبب مانع قاهر- الذي قد يكون مرض الموت- ويؤشّر به على هامش أصل الملكية.

فمن خلال النصّ يتّضح أنّ القاضي لا يثبت الوصيّة إلّا بقيام دليل على وجودها، بورقة عرفيّة مُوقّعة من قبل الموصي قبل وفاته أو بشهادة الشّهود بوجود وصيّة.

وبعد ذلك تُحرّر ورقة رسميّة تسمّى الشّهادة التّوثيقية يتم فيها حصر التّركة على الشّيوع، وتُحدّد فيها أنصبة الورثة بما فهم الموصى لهم، مع ضرورة تقديم الإثبات لذلك.

وبعد ثبوت الوصيّة عن طريق المحرّر الرّسمي لا بدّ أن يتمّ التّسجيل الذي هو إجراء يقوم به مفتّش التّسجيل، حيث يقوم بموجبه بتسجيل جميع التّصرفات الواجب تسجيلها بموجب القانون، من عقارات أو منقولات وخضوع العمليّة لدفع رسم التّسجيل، ويستوفي مفتّش التّسجيل الحقوق بناء على تصرّحات الورثة أو الموصى لهم أو بناء على المحرّرات الرّسمية الصّادرة عن الموثّق.

كما يجب أن يراعى في ذلك أيضاً مسألة الشّهر العقاري وهو الإجراء التّحائي لاكتساب الملكية بصفة نهائية في العقارات تحديداً من خلال المحافظ العقاري وإخضاع العملية لرسم الشّهر العقاري⁽³⁾، وهو ما أشارت إليه المادة 793 من القانون المدني بنصّها على: "لا تنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1997/07/29- ملف رقم 166090- (المجلة القضائية لسنة 2001. عدد خاص . ص 298).

(2) العربي بلحاج . الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري- الميراث والوصيّة -ج2 ص 315 و 316.

(3) الرشيد بن شويخ . الوصيّة والميراث شرح قانون الأسرة الجزائري. ص 71 و 72.

كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري"، بالرغم من أن المادة أكدت اشتغالها على العقد دون التصرف حيث نصت على "...بين المتعاقدين..."⁽¹⁾.

فلا يجب الاكتفاء بصحة الوصية بتحريرها أمام الموثق دون إشهارها وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا من خلال قرارها الذي نص على: "حيث أنه إذا كانت المادة 191 من قانون الأسرة قد اكتفت بصحة الوصية بمجرد تحريرها أمام الموثق دون أن تتعرض للإشهار، فذلك لأنها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، والقول بخلاف ذلك يتنافى مع طبيعة الوصية وبالتالي فإن الشهر (الإشهار) يكون واجبا لنقل الملكية بعد الوفاة لا غير، وهذا طبقا للمادة 16 من الأمر 75-75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري. وحيث أن الطاعة قدّمت لقضاة المجلس ما يثبت أنها بصدد القيام بإجراءات الإشهار وفقا للمادة المذكور أعلاه، والتمست من قضاة المجلس وقف الفصل في الدعوى إلى غاية إتمام إجراءات الشهر، إلا أن هؤلاء لم يلتفتوا لذلك الدفع مع أنه جوهري، الأمر الذي يعرض القرار المطعون فيه للنقض والإبطال..."⁽²⁾.

وعلى هذا الأساس فإن الوصية لا تكون صحيحة ولا نافذة، إلا إذا صرح بها الموصي أمام الموثق وهو بالغ سن الرشد وسليم العقل، ويتولى الموثق تحرير عقد بذلك والإشهاد عليها وإشهارها، أو يصدر في شأنها حكما قضائيا ومؤشربه على هامش أصل الملكية⁽³⁾.

إن تخلف الكتابة لا يبطل الوصية، على اعتبار أنه في حالة وجود مانع قاهر يحول دون إفراغ الوصية في كتابة توثيقية، فإنها تثبت بحكم صادر من قسم شؤون الأسرة بعد الاستماع إلى الشهود وكذا إقرار الورثة، والتأشير بالحكم على هامش أصل الملكية إذا كانت منصبة على عقار⁽⁴⁾.

وتطّرت المحكمة العليا إلى مسألة إثبات الوصية من خلال ضرورة إفراغها في الشكل الرسمي، واستبعاد الوصية الشفوية من خلال القرار الذي نص على: "من المقرر قانونا أنه تثبت الوصية بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم ويؤشربه على هامش أصل الملكية. ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم باستبعاد الوصية الشفوية لسبب عدم التصريح بها أمام الموثق طبقوا صحيح القانون، مما يستوجب رفض الطعن"⁽⁵⁾.

(1) حمدي باشا عمر. عقود التبرعات الهبة - الوصية - الوقف. ص 68.

(2) المحكمة العليا - الغرفة العقارية - قرار صادر بتاريخ 2011/07/14 - ملف رقم 665688 - (المجلة القضائية لسنة 2011. العدد الأول . ص 174).

(3) عبد العزيز سعد . إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية. ص 229.

(4) لحسين بن شيخ آث ملويا. المرشد في قانون الأسرة. ص 417.

(5) المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1997/12/23 - ملف رقم 160359 - (المجلة القضائية لسنة 2001. عدد خاص . ص 295).

فضلا على أنّ الشفاهة لا تكفي في إثبات الوصية، خاصة إذا كان هناك مانع قاهر فيتمّ الالتجاء إلى القضاء لاستصدار حكم يؤثّر به على هامش أصل الملكية، وهو ما تبنته المحكمة العليا من خلال قرارها الذي نصّ على: "حيث بالرجوع إلى القرار المطعون فيه، يتبيّن فعلا بأنّ قضاة المجلس أسّسوا قرارهم على أنّ الوصية الشفوية التي تطالب الطّاعنة بإثباتها عن طريق القضاء غير مُمكنة لأنّه يجب إفراغها في شكل رسمي مع التصريح بها أمام الموثّق. وحيث أنّ هذا التّسبب خاطيء ويخالف نصّ المادة 191-2 من قانون الأسرة التي تنصّ على أنّ الوصية تثبت بحكم في حالة وجود مانع قاهر، وبالتالي فإنّ قضاة المجلس خالفوا تلك المادة عندما اشتروا إفراغ الوصية في الشّكل الرّسمي، وهي الحالة المنصوص عليها في المادة 191-1 من نفس القانون، وذلك أنّ الوصية قد تكون بتصريح الموصي أمام الموثّق مع تحرير عقد بذلك، وفي حالة وجود مانع قاهر يمكن إثباتها بجميع طرق الإثبات..."⁽¹⁾.

المطلب الثاني: تقييد التصرف في إبرام الهبة والوقف.

يمكن للتقييد أن يمتدّ ليشمل عقد الهبة وكذا الوقف، الذين يعدّان بالأهمية بما كان كما هو الشّأن بالنسبة للوصية في نطاق الشّرع والقانون، وعلى هذا الأساس سيتمّ التطرّق للتفاصيل المحيطة بكلّهما وفقا للتفصيل التّالي:

الفرع الأول: تقييد عقد الهبة.

الفرع الثاني: تقييد الوقف.

الفرع الأول: تقييد عقد الهبة.

تعدّ الهبة مسألة ذات أولوية في إطار التبرّعات، كونها من أهمّ طرق نقل الملكية بطريق التبرّع، إلّا أنّه وبرغم هدفها الأسّي المتجسّد في تحصيل الثّواب، إلّا أنّ ذلك لا يمنع من تقييدها بضوابط محدّدة تضمّنها الشّرع والتّشريع، وعلى هذا الأساس يمكن التفصيل فيها كما يلي:

أولا: تعريف الهبة ودليل مشروعيتها.

الهبة وسيلة لبعث العلاقات بين النّاس بجعلها وسيلة شرعية وقانونية للتبرّع، فكان معناها مرتبطا بالعطاء والجود، ويمتدّ سبب وجودها من الشّرع والتّشريع، ولذلك سيتمّ التّطرّق لتعريفها وتبيين مدى مشروعيتها من خلال ما يلي:

1- تعريف الهبة.

إنّ التفصيل في معنى الهبة يعدّ مُنطلقا لتبيين جميع تفاصيلها، ولذلك سيتمّ استعراض معناها

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 2008/01/16- ملف رقم 413209 - (المجلة القضائية لسنة 2008. العدد الثاني . ص 304 و305).

اللغوي والاصطلاحي.

أ- تعريف الهبة في اللغة.

ينصرف معنى الهبة في اللغة إلى التبرع⁽¹⁾، وهي في الفرنسية (la donation)⁽²⁾، وباللغة الانجليزية (Donation أو Grant)⁽³⁾، وهي من الفعل وَهَبَ بمعنى إعطاء الشيء بلا عوض فهو واهب ووهوب ووهاب، ويقال واهبه فوهبه: غالبه في الهبة فغلبه، ويقال وهبني الله فداك أي جعلني فداك⁽⁴⁾، والموهبة هي العطية، وهبني فعلت بمعنى احسبني واعددني، وأوهبه له: أعدّه⁽⁵⁾، وفي أسماء الله تعالى الوهَّابُ الهبةُ العطيةُ الخالية عن الأغراض والأغراض، فإذا كُتِرَتْ سُمِّيَ صاحبُها وَهَّاباً، وهو من أبنية المبالغة غيره الوهَّابُ من صفات الله المُنْعِمُ على العباد، والله تعالى الوهَّابُ الواهبُ وكلُّ ما وُهِبَ لك من ولد وغيره فهو مَوْهُوبٌ، والَوْهُوبُ الرَّجُلُ الكثيرُ الهباتِ⁽⁶⁾.

من خلال استعراض المعاني المختلفة للهبة في اللغة فإنها تعني العطاء بدون مقابل والتبرع بغرض الإحسان.

ب- تعريف الهبة في الاصطلاح.

كثيرة هي التعاريف الواردة في شأن الهبة وهذا التراء التعريفي يعكس مدى أهميتها، فوردت العديد من التعريفات الفقهية وتأثر المشرع الجزائري بذلك وصاغ لها تعريفا في نطاق قانون الأسرة، فقد عرفها الحنفية على أنها "تمليكُ العَيْنِ بِلا عِوَضٍ"⁽⁷⁾، فإن معنى التملك الوارد في التعريف يشمل ما هو بعوض أو بغير عوض، وسواء كان تمليكاً للذات أو للمنافع، وأخرج تملك المنافع كالإجارة أو الإعارة وغيرها، كما أن جعلها بغير عوض إنما القصد منه إخراج الهبة من عقود المعاوضات⁽⁸⁾.

كما عرفها المالكية على أنها "تمليك من له التبرع ذاتاً تُنقل شرعاً بلا عوض لأهل بصيغة أو ما يدل لثواب الآخرة صدقة"، فلقد جرى إخراج تملك المنفعة كالإجارة والإعارة والوقف والعمرى، وتجعل لأهل أي لمن يستحقها، ويكون ذلك بصيغة صريحة أو أي فعل آخر يدل على التملك⁽⁹⁾.

(1) الجرجاني. التعريفات. ص 377.

(2) ابتسام القرام. المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري. ص 20.

(3) محمد رواس قلعة جي؛ حامد صادق قنبيبي. معجم لغة الفقهاء. ص 493.

(4) إبراهيم مصطفى وآخرون. المعجم الوسيط. ص 1059.

(5) الفيروز أبادي. القاموس المحيط. ص 1783.

(6) ابن منظور. لسان العرب. ج 1 ص 803.

(7) الزيلعي. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق. ج 5 ص 91.

(8) حسن محمد بودي. موانع الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي. دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر. 2004. ص 19.

(9) التردير. الشرح الصغير. ج 4 ص 139 و 140.

وعرّفها الشّافعيّة على أنّها "التّملك لعين بلا عوض في حال الحياة تطوّعا"، فخرج بالتّملك العارية والضيافة والوقف وبالعين الدين والمنفعة، وبنفي العوض ما فيه عوض كالبيع ولو بلفظ الهبة، وبالحياة الوصيّة لأنّ التّملك فيها إنّما يتم بالقبول وهو بعد الموت وبالتطوّع الواجب من زكاة وكفارة ونحوهما⁽¹⁾.
وعرّفها الحنابلة على أنّها "تمليك جائز التصرف مالا معلوما أو مجهولا تعذر علمه موجودا مقدورا على تسليمه غير واجب في الحياة بلا عوض"⁽²⁾، أي أنّ الهبة يقوم بها الحر المكلّف الرّشيد بالتبرّع بمال منقولا كان أوعقارا، حتى لو كان مجهولا بأن اختلط مال اثنين على وجه لا يميّز فوهب أحدهما الآخر ماله، وبلا عوض أي إخراج المعاوضة كعقد البيع.

بالرجوع إلى المشرّع الجزائري فقد خصّ الهبة بتعريف في نطاق قانون الأسرة، من خلال المادة 202 التي نصّت على: "الهبة تمليك بلا عوض"، فوضح مدى المقاربة التي اعتمدها المشرّع في التّعريفات الفقهية، وإن كان لم يضمّن تعريف الهبة انصبابها على الأعيان دون المنافع كما جاءت به التّعريفات الفقهية.
كما يمكن ملاحظة أنّ المشرّع الجزائري لم يصف الهبة بالعقد من خلال المادة 201 ولكن بمراعاة ما ورد في المادة 206 التي تنصّ على "تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول..."، فهذا الوصف يجعل منها داخلة في نطاق العقود لاشتمالها على عنصري الرضا الذي يعدّ أهمّ ركائز العقود.

2- دليل مشروعية الهبة.

إنّ دلائل الهبة ثابتة من خلال الكتاب والسنة والقانون لما تحظى به من مزايا، ويمكن استعراض مشروعيتها وفقا لما يلي:

أ- دليل مشروعية الهبة من القرآن الكريم.

وردت العديد من الآيات في شأن مشروعية الهبة في كتاب الله تعالى، ومن ذلك قوله: ﴿...فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾⁽³⁾، يعني بذلك جلّ ثناؤه: فإن وهب لكم، أيها الرّجال، نساؤكم شيئا من صدقاتهن، طيبة بذلك أنفسهن، فكلوه هنيئا مريئا⁽⁴⁾.

كما يمكن التّدليل على مشروعيتها أيضا، من خلال قوله تعالى: ﴿إِنْ تُبْدُوا الصَّدَقَاتِ فَنِعِمَّا هِيَ وَإِنْ تُخْفُوهَا وَتُؤْتُوهَا الْفُقَرَاءَ فَهُوَ خَيْرٌ لَكُمْ وَيُكَفِّرُ عَنْكُمْ مِنْ سَيِّئَاتِكُمْ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾⁽⁵⁾، أي يخبر تعالى بأنّه عالم بجميع ما يفعله العاملون من الخيرات من النفقات والمنذورات، وتضمّن ذلك مجازاته على ذلك أوفر الجزاء للعاملين لذلك ابتغاء وجهه ورجاء موعوده، وتوعّد من لا يعمل بطاعته⁽⁶⁾.

(1) الشربيني. مغني المحتاج. ج 2 ص 396.

(2) البهوتي. كشف القناع. ج 10 ص 117.

(3) سورة النساء . الآية 4.

(4) الطبري . جامع البيان في تأويل القرآن . ج 7 ص 555.

(5) سورة البقرة . الآية 271.

(6) ابن كثير. تفسير القرآن العظيم. ج 1 ص 701.

ثبتت كذلك مشروعية الهبة لقوله تبارك وتعالى: ﴿وَإِذَا حُيِّتُمْ بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ حَسِيبًا﴾⁽¹⁾، في شأن تفسير هذه الآية "قال ابن خويز منداد: وقد يجوز أن تحمل هذه الآية على الهبة إذا كانت للثواب؛ فمن وهب له هبة على الثواب فهو بالخيار إن شاء ردها وإن شاء قبلها وأثاب عليها قيمتها"⁽²⁾.

ب- دليل مشروعية الهبة من السنة الشريفة.

وردت بعض الأحاديث النبوية الشريفة دالة على استحباب الهبة وكراهة الرجوع فيها، ومن ذلك الحديث المروي عن ابن عباس رضي الله عنهما قال قال النبي ﷺ العائذ في هبته كالكلب بقيء ثم يعود في قيئه"⁽³⁾.

كما أن الهبة مشروعة من خلال ما حدث به ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي ﷺ قال: من وهب هبة فهو أحق بها ما لم يثب منها"⁽⁴⁾.

ج- دليل مشروعية الهبة من القانون.

إهتم المشرع الجزائري بأمر الهبة في نطاق قانون الأسرة، وتعرض لها في الفصل الثاني من الكتاب الرابع، وخصها بالتعريف بموجب المادة 202، وكذا تبين طريقة انعقادها بالتقاء الإيجاب والقبول، واشترط الحيابة، ومراعاة أحكام قانون التوثيق والإجراءات الخاصة في المنقولات، وهو ما نصت عليه المادة 206: "تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم الحيابة، ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات. وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة".

كما تضمن المشرع صحة الهبة للحمل شريطة ميلاده حيا، وهو ما تبنته المادة 209 من خلال نصها على: "تصح الهبة للحمل بشرط أن يولد حيا".

ثانيا: حماية حق الأقارب باشتراط وجود الموهوب له حقيقة أو تقديرًا.

الأصل في الهبة هي حرية الواهب أن يهب ماله لمن يشاء، لكن الأمر منوط بضوابط محددة الهدف منها هو حماية حق الأقارب في الميراث، بمنع تعسف قريهم الواهب في تبديد هذا المال، ولذلك يشترط أن يكون الموهوب له موجودا حقيقة⁽⁵⁾، حيث اشترط جمهور الفقهاء في الموهوب له أن يكون حيا وموجودا حقيقة عند إنشاء الهبة، لأن غير الحي لا يملك، وعلى هذا الأساس ثار اختلاف فقهي حول الهبة للحمل، فرأى

(1) سورة النساء . الآية 86.

(2) القرطبي. الجامع لأحكام القرآن . ج 5 ص 298.

(3) سبق تخريجه.

(4) رواه ابن ماجه. سنن ابن ماجه. أبواب الهبات. باب من وهب هبة رجاء ثوابها. الحديث رقم 2387. ج 3 ص

467؛ الحاكم. المستدرک على الصحيحين. كتاب البيوع. الحديث رقم 2323. ج 2 ص 60؛ الدارقطني. سنن

الدارقطني. كتاب البيوع. الحديث رقم 179. ج 3 ص 43.

(5) السنهوري أحمد عبد الرزاق. الوسيط في شرح القانون المدني مصادر الالتزام. ج 5 ص 102.

الجمهور وعدم جوازها لأنّه لا أهليّة للجنين في استحقاقها، فهي باطلة لأنّ الهبة تملك ولا يمكن للحمل أن يقبضها ولا يملكها بنفسه ولا ولاية عليه، لأنّ الولاية تبدأ بالحياة، بينما رأى المالكيّة أنّ الهبة تجوز للجنين والمعدوم، فيمكن أن يهب شخص ماله للحمل، ويوقف المال الموهوب؛ فإن وُلد حيّا وعاش كان المال له، وإن مات بعد ولادته حيّا كان المال لورثته، أمّا إذا وُلد ميتا بقي المال للواهب⁽¹⁾.

بالرجوع إلى المشرّع الجزائري فقد أجاز أن تكون الهبة للحمل شرط ميلاده حيّا، وفقا للمادة 209 من قانون الأسرة التي نصّت على: "نصّح الهبة للحمل بشرط أن يولد حيّا"، وفي ذلك أخذ برأي المالكية من حيث جواز الهبة للحمل أو المجهول، وبحسب المشرّع أنّه إذا وُلد الحمل ميتا بقي المال على ملك الواهب وإن وُلد حيّا ثمّ مات بعد ولادته كان المال الموهوب لورثته، على أن يتولّى عن الجنين قبض الهبة وليّه الذي هو أبوه إن كانت من أجنبي، وأمّه إذا كانت من أبيه.

ويتعيّن على القاضي التأكّد من تطبيق أحكام المادة 203 المتضمّنة لشروط الواهب، والإشارة إلى الحمل المستكن في بطن الأم وذكر الهوية الكاملة لها والاستشهاد بشهادة طبيّة، وكذا اتباع الإجراءات الشكليّة المتعلّقة بتحرير الهبة من تسجيل العقد وشهره بالمحافظة العقارية، على أن ينتظر وضع المولود، فإن وُلد حيّا حرّز محضرا وأرفقه بشهادة الميلاد لإيداعه لدى المحافظة العقارية من أجل إتمام الإجراء الخاص بالموهوب له، وإن وُلد ميتا حرّز محضرا بذلك وأرفقه بشهادة الوفاة وأودعه لدى المحافظة العقارية لإلغاء الإشهار⁽²⁾.

فاعتبر قانون الأسرة الهبة للحمل صحيحة ويبقى أمر نفاذها على شرط ولادة الحمل حيّا، ولم يبيّن القانون آلية حيازته للمال الموهوب، لاسيما أنّه غير قادر في هذه المرحلة على قبول الهبة أو رفضها، ولا حيازتها واستلامها بنفسه، وعلى هذا الأساس يستوجب أن يتولّى ذلك عنه من يمثّله قانونا⁽³⁾.

ثالثا: تقييد هبة ملكيّة الرّقبة دون حقّ الانتفاع.

قد يعمد الواهب إلى إجراء هبة عقّار مستثنيا لنفسه الاحتفاظ بحقّ الانتفاع طيلة حياته، وبالرجوع إلى تعريف الهبة من خلال المادة 202 من قانون الأسرة التي جعلتها تملك بلا عوض، وبالتالي ينتج عن ذلك نقل حقّ الملكية بمعنى ملكيّة الرّقبة وحقّ التمتع.

غير أنّ المشرّع استثنى حقّ الانتفاع من هذه القاعدة، حيث يمكن أن يكون هذا الحقّ محلاً مُنفردا لعقد الهبة طبقا للمادة 205 من قانون الأسرة، فالهبة المنصّبة على حقّ الانتفاع أي احتفاظ الواهب بملكيّة الرّقبة فهي صحيحة قانونا، أمّا الهبة الواردة على ملكيّة الرّقبة فقط دون حقّ الانتفاع فهي مستبعدة قانونا،

(1) الشريبي. مغني المحتاج. ج 2 ص 397؛ الكاساني. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ج 6 ص 115؛ البهوتي.

كشاف الفتاوى. ج 10 ص 136؛ الخرشي. شرح الخرشي على مختصر خليل. ج 7 ص 102...105.

(2) حمدي باشا عمر. عقود التبرعات الهبة - الوصيّة - الوقف. ص 27 و 28.

(3) عبد العزيز سعد. إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية. ص 248.

فالهبة التي لا تتبعها الحيازة تعدّ باطلة وذلك لتخلّف الحيازة فتكون باطلة، فالشخص الذي يبرم عقد هبة لعقار ويحتفظ بحق الانتفاع به خلال حياته يعتبر تصرفاً باطلاً لأنّ الحيازة عنصر مهمّ في الهبة⁽¹⁾.

1- مدى أهمية القبض في الهبة.

المقصود بالحيازة أنّها وضع مادي بموجبه يُسيطر شخص سيطرةً فعليةً على شيء أو حقّ من الحقوق، يقصد الظهور بمظهر المالك، أو صاحب حقّ عيني آخر، وتتحقق هذه السيطرة الفعلية لمباشرة أعمال تتفق مع مضمون الحقّ⁽²⁾.

وللحيازة ركن مادي ومعنوي؛ فالمادي يتضمّن الأعمال التي يباشرها الحائز كالانتفاع به، وأمّا المعنوي فيقصد به إرادة الحائز لمباشرة السيطرة المادية بنفسه حتى يظهر بمظهر المالك.

وتكتسي الحيازة أهمية بالغة في الهبة، حتى لا يستثني المتصرف لنفسه منفعة العين الموهوبة، بل تنتقل إلى الموهوب له ويحوزها، وهو ما أشار إليه قرار المحكمة العليا الذي نصّ على: "من المقرّر شرعا في أحكام الشريعة الإسلامية أنّ حيازة الموهوب له للمال تعدّ شرطا لصحة عقد الهبة، وتأسيسا على ما تقدّم، يستوجب نقض القرار الذي يقضي بصحة الهبة استنادا على التصريح الوارد بالعقد المتمثّل في انتقال الحيازة إلى الموهوب له دون التأكّد من الحيازة الفعلية"⁽³⁾.

فالقبض مسألة جوهرية في عقد الهبة، لما يمثّله من آثار على انتقال ملكيّة الموهوب من الواهب للموهوب له، وما يترتّب عليه من أثر في صورة مالم يتحقّق، ومن هذا المنطلق فهو محلّ اختلاف بين الفقهاء حيث أنّ القبض في الهبة يقتضي أن يكون الموهوب مقبوضا، فلا تتحقّق الهبة إلّا به ولا يثبت الملك للموهوب له قبل القبض، فبه توجد الهبة⁽⁴⁾، فرأى الحنفية والشافعية⁽⁵⁾ أنّ القبض يعدّ شرطا للزوم الهبة، ولذلك لا يثبت للموهوب له شيء من الموهوب قبل القبض، ورأى الحنابلة في أرجح الروايتين أنّ القبض شرط لصحة الهبة في المكيل أو الموزون، "فإن المكيل والموزون لا تلزم فيه الصدقة والهبة إلّا بالقبض وهو قول أكثر الفقهاء منهم النخعي والثوري والحسن بن صالح، وغير المكيل والموزون تلزم الهبة فيه بمجرد العقد ويثبت الملك في الموهوب قبل قبضه وروي ذلك عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما، أنهما قالوا الهبة جائزة إذا كانت معلومة قبضت أو لم تقبض وهو قول مالك وأبي ثور، وعن أحمد رواية أخرى لا تلزم الهبة في الجميع إلّا

(1) حمدي باشا عمر. عقود التبرعات الهبة - الوصية - الوقف. ص 20 و 21.

(2) عبد العزيز محمودي. رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري. ص 51.

(3) المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1986/04/21 - ملف رقم 40457 - (المجلة القضائية لسنة 1989. العدد الثاني. ص 72).

(4) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 5 ص 636.

(5) ابن عابدين. حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة. ج 5 ص 148؛ الشريبي. مغني المحتاج. ج 2 ص 400.

بالقبض وهو قول أكثر أهل العلم⁽¹⁾، وأما المالكية⁽²⁾ فرأوا أنّ القبض ليس شرطا لصحة الهبة، أو لزومها، بل هو شرط لتمامها لأنّ الموهوب يملك بمجرد العقد أي القول، وما القبض أو الحيازة إلّا لإتمام الهبة، وعلى الواهب تمكين الموهوب له من الموهوب، فإن تأنّى الموهوب له عن طلب القبض حتى أفلس الواهب أو مرض بطلت الهبة.

بالرجوع إلى المشرّع الجزائري فقد جاءت المادة 206 من قانون الأسرة مُشترطة لانعقاد الهبة ضرورة توافر الإيجاب والقبول، ومراعاة إجراءات التوثيق في العقار والإجراءات الخاصة في المنقول الذي يتطلب ذلك، والحيازة يقصد بها في مفهوم التشريع الجزائري تمكين الموهوب له من وضع يده على الشيء الموهوب بغرض السيطرة المادية والظهور بمظهر صاحب الحق، على أن لا يكون ذلك إلّا بتسليم المال من الواهب إلى الموهوب له⁽³⁾.

فالقبض في العقار يكون بتسليمه، أي وضعه تحت تصرف الموهوب له كإخلاء المنزل الموهوب له بإخراج كلّ المتاع منه وتسليمه المفاتيح، ولا يكفي التوثيق والتسجيل في القبض بل لا بدّ من إتمام القبض والحيازة مجتمعين، ولا يغني القبض عن الرسمية ولا العكس، فهما مُتلازمان لتمام الهبة.

أما بالنسبة للمنقول الذي يتطلب إجراءات خاصة، فالقبض فيه يقتضي خضوعه لهذه الإجراءات من تسلمها وحيازتها من الموهوب له، كالتسليم للسيارات والجزّارات وما يشبهها، فضلا عن الأسهم الإسمية التي يشترط فيها الحيازة، أما بخصوص المنقولات التي لا تخضع للإجراءات الخاصة فتتمّ بالحيازة، من خلال التسليم الفعلي للشيء الموهوب من طرف الواهب للموهوب له، وهو ما يُعرف بالهبة اليدوية وتنطوي على أشياء قابلة للنقل دون قيد أو عقد توثيق كالكتب والحليّ والساعات والآلات الإلكترونية والحيوانات، فالحيازة فيها تتمّ بالتسليم الفعلي للموهوب له حتى يتاح له الانتفاع به.

ويمكن أن تكون الحيازة حكمية من خلال المادة 207 التي نصّت على: "إذا كان الشيء الموهوب بيد الموهوب له قبل الهبة يعتبر حيازة وإذا كان بيد الغير وجب إخباره بها ليعتبر حائزا"، فقد يكون الشيء بيد الموهوب له على سبيل الإعارة أو الوديعة أو بيد شخص آخر غير الموهوب له، فيجب على الواهب إخبار الموهوب له حتى يصير الشيء الموهوب جائزا حكما، فيمكن القول أنّ الهبة تعتبر مُستلمة حكما وواقعا، لكن إذا كان المال الموهوب موجودا في حيازة الغير، أي غير الموهوب له، فيجب إخبار من في حيازته المال الموهوب بأنّ هذا المال قد وقعت هبته، وكذا إخبار الموهوب له بأنّ الشيء الموهوب موجود لدى الغير⁽⁴⁾.

(1) ابن قدامة. المغني. ج 6 ص 268 و 273.

(2) ابن رشد. شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد. ج 2 ص 2027.

(3) حمدي باشا عمر. عقود التبرعات الهبة - الوصية - الوقف. ص 8.

(4) عبد العزيز سعد. إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية. ص 246.

ولقد دأبت المحكمة العليا على تبين مدى أهمية هذا الإجراء من خلال قرارها الذي نصّ على: "من المقرّر قانوناً أنّه إذا كان الشيء الموهوب بيد الموهوب له قبل الهبة، إعتبر حائزاً، وإذا كان بيد الغير وجب إخباره بذلك. ومن ثمّ فإنّ قانون الأسرة لم يحدّد للحيازة مدّة معيّنة، وأنّ قضاة المجلس كانوا على صواب عندما قضوا بصحّة عقد هبة العقار كليا باعتبار الموهوب لها كانت تعيش مع الوهاب في المنزل محلّ الهبة وبالتالي فلا مجال هنا لتطبيق المادة 208 من قانون الأسرة. ممّا يتعيّن رفض الطّعن الحالي"⁽¹⁾.

كما يُغني التوثيق والإجراءات الإدارية عن الحيازة إذا كان الوهاب وليّاً للموهوب له، أو زوجه، أو كان الموهوب مشاعاً وفقاً لما جاءت به المادة 208 من قانون الأسرة الجزائري⁽²⁾، ومثال ذلك عند تعلّق الهبة بمال مملوك على الشّيع وأيّ الإجراءات الإدارية تكفي وتُغني عن الحيازة للمال الموهوب، وإذا تمّت إجراءات التوثيق للعقار، والإجراءات الإدارية للمنقول عندما تكون لازمة لنقل ملكية العقار أو المنقول فتنتقل الملكية من الوهاب للموهوب له دون ضرورة للحيازة والاستلام.

وفي صورة ما كان الموهوب له قاصراً أو محجوراً عليه، فليس بإمكانه مباشرة الحيازة شخصياً بل يتولّى ذلك نائبه القانوني من وليّ أو وصيّ أو مقدّم⁽³⁾.

واستثناء من الإطار العام الجاعل من الحيازة عملاً جوهرياً، إذا كانت الهبة بين الزوجين فهي لازمة حتى بدون حيازة، ولا يمكن الرجوع فيها بعد وفاة أحدهما وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا من خلال قرارها الذي نصّ على: "...ذلك أنّ المرض المُشار إليه بالشّهادتين الطّبتيتين الصّادرتين عن مستشفى الأمراض العقلية قد توقّف بتوقّف المُعالج عن العلاج لتحسّن صحّته منذ سنة 1990، ومن المقرّر فقها أنّ الهبة بين الزوجين تعتبر هبة لازمة منذ صدورهما ولو لم يتمّ فيها الحوز (الحيازة)، كما لا يجوز الرجوع فيها أو إبطالها بعد انتهاء الزّوجيّة بالوفاة، وعليه فإنّ هذين الوجهين غير مؤسّسين..."⁽⁴⁾.

قد لا يتطلّب المنقول إجراءات معيّنة، فيكون بالتّالي محلاً للهبة اليدويّة، فإذا وهب شخص لآخر مجوهرات وقبضها تمّت الهبة اليدويّة، ويجوز أن تكون الهبة واقعة على حقّ الانتفاع دون الرّقبة في الكتب والمجوهرات أو على الرّقبة دون المنفعة، كما يمكن أن تقع على السّنديات سواء كانت لحاملها أو لإذن أو سندات إسميّة⁽⁵⁾.

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1995/06/07- ملف رقم 121664 - (المجلة القضائية لسنة 1995. العدد الأول ص 111).

(2) محمد بن أحمد تقيّة. دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن. الديوان الوطني للأشغال التربوية، ط1. 2003. ص 224...226.

(3) عبد العزيز سعد. المرجع السابق. ص 247 و 248.

(4) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 2001/04/18- ملف رقم 264468 - (المجلة القضائية لسنة 2002. العدد الأول ص 321 و 322).

(5) السنهوري أحمد عبد الرزاق. الوسيط في شرح القانون المدني مصادر الإلتزام. ج 5 ص 64 و 65.

غير أنّ حقوق الملكية الفكرية، لا ترد عليها الهبات اليدوية لخضوعها لقوانين خاصة وفقا لما جاءت به المادة 687 من القانون المدني الجزائري بنصّها على: "تنظّم قوانين خاصة الحقوق التي ترد على أشياء غير مادية".

ولا تُشترط الكتابة في الهبات اليدوية، بينما الشّرط الأساسي فيها هو حصول التّنازل أو التّسليم، أي القبض بطريقة فعلية، وهو الشّرط الذي يقوم مقام المحرّر الرّسمي في الهبات الأخرى، فإذا لم يحصل التّسليم وجب تحرير ورقة رسمية.

بالنسبة لإثبات الهبة اليدوية: إذا ادّعى شخص أنّ الشيء الموجود في يد غيرالموهوب له فعليه إثبات ذلك، وإذا حاز شخص منقولا أعطي له في شكل هبة يدوية، كان على من ينازعه في ملكيته إثبات دعواه، على أنّ الحيازة هادئة وظاهرة، لأنّ من أهمّ عيوب الحيازة الغموض والخفاء، فمن قرائن الغموض أن يكون الحائز مُساكنا للمورث عند موته، فإذا وُجد المنقول في حيازته اعتبرت الحيازة غامضة، لأنّ المنقول لم يخرج من ملكية المورث، وقد يكون قد استولى الحائز عليه خلسة أو بغير إرادة صاحبه⁽¹⁾.

على هذا الأساس فعند الطّعن ببطالان عقد الهبة لانتفاء الحيازة، يجب على القاضي عدم الاكتفاء بالعبارة الدّارجة الواردة في العقود التّوثيقية المتمثلة في انتقال الحيازة إلى الموهوب له ابتداء من يوم تحرير العقد، بل يجب مراعاة الحيازة الفعلية، وذلك ثابت من خلال قرار المحكمة العليا الذي نصّ على: "من المقرّر شرعا في أحكام الشّريعة الإسلامية أنّ حيازة الموهوب له للمال تعدّ شرطا لصّحة عقد الهبة. وتأسيسا على ما تقدّم، يستوجب نقض القرار الذي يقضي بصّحة الهبة استنادا على التّصريح الوارد بالعقد المتمثّل في انتقال الحيازة إلى الموهوب له دون التّأكّد من وقوع الحيازة الفعلية"⁽²⁾.

غير أنّه يمكن الاستغناء عن الحيازة وفقا لنصّ المادة 208 من قانون الأسرة التي فصلت الأمر كما يلي: "إذا كان الواهب وليّ الموهوب له، أو زوجه أو كان الموهوب مشاعا فإن التّوثيق والإجراءات الإدارية تغني عن الحيازة".

فبالنسبة للعقّار فإجراءات توثيق عقد الهبة وصّبّه في قالب رسمي أمّا الموثّق تغني عن الحيازة، وهو ما شمله قرار المحكمة العليا الذي نصّ على: "من المقرّر فقها أنّ الهبة تلزم بالقول وتتمّ بالحوز، وهبة الزّوجين لبعضهما يعمل بها ولو لم يتمّ الحوز..."⁽³⁾.

(1) محمد بن أحمد تقيّة. دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشّريعة الإسلامية والقانون المقارن. ص 228 و 229.

(2) حمدي باشا عمر. عقود التبرّعات الهبة- الوصية- الوقف. ص 9. (أنظر: المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار غير منشور صادر بتاريخ 1986/02/24- ملف رقم 50651).

(3) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1990/02/19- ملف رقم 58700 - (المجلة القضائية لسنة 1999. العدد الرابع ص 113).

أمّا فيما يخصّ المنقولات فالإجراءات الإدارية تغني عن الحيازة، فإذا كان محلّ الهبة سيارة فاستخراج البطاقة الرّمادية يغني عن الحيازة حتى ولو يستعملها الموهوب له، وكذا بالنسبة لهبة الأموال النّقديّة عند فتح حساب بنكي خاص للموهوب له⁽¹⁾.

2- تكييف استثناء حقّ الانتفاع في الهبة من طرف الواهب على أنّه وصيّة.

إنّ هبة الواهب لأحد الورثة للعين واستثنائه لحقّ الانتفاع مدّة حياته يعدّ تعسّفا في حقّ بقية الورثة، ولذلك تقوم قرينة قانونية على أنّ هذا التصرف يعتبر وصيّة مستترة وفقا لما نصّت عليه المادة 777 من القانون المدني، وفي ذلك عقاب للواهب الذي أراد الاحتيال على أحكام الوصيّة من خلال ستروصيّته في شكل تصرف كبيع أو هبة، ويستبقي لنفسه حيازة العين الموهوبة والانتفاع بها. وهو ما شمله قرار المحكمة العليا الذي نصّ على: "من المقرّر قانونا أنّه يعتبر التصرف وصيّة وتجرى عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدّة حياته مالم يكن دليل على خلاف ذلك..."⁽²⁾.

وتجدر الملاحظة أنّ نصّ المادة حصر التصرف إلى أحد الورثة دون الأجنبي، فبحسب هذه الصياغة لا يمكن للورثة الاعتراض على تصرف مورّثهم لشخص أجنبي غير وارث، والذي قد يكون القصد هو حرمانهم حقيقة من الميراث، غير أنّ للورثة الاستدلال بالقرائن وملابسات التصرف للمطالبة بإبطاله إذا حرّموا من الميراث، وتبقى للقاضي سلطة تقدير ذلك التعسف في حقّهم.

فإذا قام الدليل على توافر شروط القرينة فيقع عبء الإثبات على من يتمسك بالقرينة وارثا كان أو دائنا، فيتعيّن على القاضي أن يجري حكم القرينة ويعتبر التصرف وصيّة، ولا ينفذ في حقّ الورثة إلّا في حدود الثلث، على أن يثبت المتصرف له عكس هذه القرينة، بإقامة الدليل على دفع الثمن مثلا، فإذا عجز عن ذلك قامت القرينة.

فإذا لم يثبت المتصرف له عكس ما ورد في قرينة المادة 777 من القانون المدني، أنّه ليس من ورثته، وأنّ حيازة المتصرف لم تكن فعلية وإنّه لم يستبقها للانتفاع بها طول حياته، فيسري عليها حكم الوصيّة، ويطنع الوارث في تصرف مورّثه على أنّه وصيّة مستترة وليست بيعا أو هبة، وهدفها التّحايل على نظام الإرث المقرّر شرعا وقانونا.

وقد رأت المحكمة العليا أنّ الهبة إلى ما بعد الموت تأخذ منحى الوصيّة، وهو ما بيّنه القرار الذي نصّ على: "من المقرّر أنّ الهبة لما بعد الموت تكون باطلة لأنّها لا تنفّذ إلّا بموت الواهب، وتأخذ حكم الوصيّة. ولما كان ثابتا-في قضية الحال- أنّ الواهب وهب العقار موضوع النزاع على الطّاعنة زوجته بشرط نقل الملكية إلى

(1) حمدي باشا عمر. عقود التبرعات الهبة - الوصيّة - الوقف. ص 11.

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1990/03/05- ملف رقم 59240 - (المجلة القضائية لسنة 1992. العدد الثالث ص 57).

ما بعد الموت. ومن ثمّ فإنّ التّعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون غير وحيه. ولمّا قرّر المجلس إبطال الهبة واعتبارها وصيّة فإنّه التزم صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض القرار المطعون فيه⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة إلى أنّه إذا تمّ التصرف بموجب عقد رسمي في شكل هبة أو بيع أو غير ذلك، وغالبا ما يقع التصرف بالهبة للعين مع الاحتفاظ بالحيازة والانتفاع مدى الحياة، يجعل ذلك يصل إلى استحالة إثبات العكس، وذلك راجع لحجيّة العقد الرّسمي الذي لا يقبل إلّا الطّعن فيه بالتزوير، وقد يمكن الدّفع بالدليل المُوازي للعقد الرّسمي لنقض حجيّة ما أثبتته العقد المستتر، وببّين المشرّع قبول إثبات عكس هذه القرينة، فالمادة شملت التصرفات القانونية لا سيما التي لا تستوجب الكتابة، وبالتالي إمكانية إثبات عكسها⁽²⁾.

وقد عالجت المحكمة العليا فكرة حجيّة العقد الرّسمي الخاص بالهبة، والذي لا يمكن الطّعن فيه إلّا بالتزوير من خلال القرار الذي نصّ على: "لكن حيث أنّ المادة 423 مكرّر 5 من القانون المدني تعتبر أنّ ما ورد في العقد الرّسمي حجة حتى يثبت تزويره، وبالتالي لا يمكن للطّاعنين مناقشة ما ورد في الهبة بخصوص مؤرّثهم الواهب إلّا عن طريق الطّعن بالتزوير فيه، ومن ثمّ فإنّ قضاة المجلس أصابوا في قرارهم المطعون فيه لمّا اعتبروا أنّ عقد الهبة هو عقدا رسميا ويُعدّ صحيحا إلى غاية الطّعن فيه بالتزوير، واستندوا في ذلك على نصّ المادة 324 مكرّر 5 من القانون المدني. وحيث أنّه فيما يخصّ تسجيل العقد فيأتي بعد إعداد العقد والذي لم يطعن فيه الطّاعنون بالطّرق القانونية، أمّا مسألة أصل المملكيّة ووصف الشيء الموهوب والشّهود فلا يظهر من القرار المطعون فيه أنّ الطّاعنين أثاروا ذلك أمام المجلس، وبالتالي لا يمكن لهم إثارته لأول مرّة أمام المحكمة العليا، وعليه فإنّ هذا الفرع من الوجه غير مؤسّس كذلك ممّا يتعيّن رفضه"⁽³⁾.

رابعاً: الهبة في مرض الموت.

قد تكون الهبة واقعة أثناء مرض الواهب بمرض الموت، ولقد تقيّد هذا التصرف بضوابط بسبب تعلّق حقّ الدّائن بماله وحقّ الورثة أيضاً في هذا المال، ليستوفي الدّائنون حقّهم ويتسلّم أيضاً الوارثون نصيبهم في نطاق الثّلثين، وحتى لا يؤثّر أحد الورثة على غيرهم، فكلّ وارث نصيب محدّد، فكان المريض مرض الموت ممنوعاً من أيّ تصرف يؤدّي للإضرار بالدّائنين أو الورثة⁽⁴⁾، وعلى هذا الأساس وجب التّفصيل في هذه المسألة كما يلي:

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 17/03/1998- ملف رقم 186058 - (المجلة القضائية لسنة 1999. العدد الأول ص 119).

(2) عبد العزيز محمودي . رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري . ص 113... 115.

(3) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 11/07/2007- ملف رقم 397861 - (النشرة القضائية لسنة 2012. العدد 67 ص 244 و 245).

(4) محمد بن أحمد تقيّة. دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن. ص 122.

1- هبة المريض مرض الموت وصية.

تضمن التشريع الجزائري هذه الفكرة في قانون الأسرة وكذا القانون المدني، فقد نصت المادة 204 من قانون الأسرة على: "الهبة في مرض الموت، والأمراض والحالات المخيفة، تعتبر وصية"، وكذا في المادة 776 من القانون المدني التي نصت على: "كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف...". كما نصت على ذلك المادة 777 من القانون المدني "يعتبر التصرف وصية وتجرى عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك".

ونصت المحكمة العليا من خلال قرارها على انقلاب الهبة وصية في صورة ما استثنى الواهب لنفسه بقاء الموهوب لديه حتى موته، حيث نص القرار على: "من المقرر قانونا أنه يعتبر التصرف وصية وتجرى عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك، ومن المقرر أيضا أن لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد يستوجب الرّفص. ولما كان ثابتا- في قضية الحال- أن قضاة الاستئناف لما قضوا ببطالان عقد الهبة وعدم تنفيذ التصرف باعتباره وصية لوراث يكونوا بقضائهم كما فعلوا طبقوا القانون تطبيقا صحيحا"⁽¹⁾.

فكل تصرف بنية التبرع وفق قرينة المادة 776 من القانون المدني الجزائري يأخذ حكم الوصية، فالأحرى أن التصرفات التبرعية الصريحة من هبة ووقف وإبراء ونحوها تأخذ نفس الحكم، لأن المتصرف لا يأخذ مقابلا لما يعطيه⁽²⁾، فهدف المشرع هو حماية الورثة من الهبات المستترة ومن التصرفات الصادرة من المورث في مرض الموت التي تمثل اعتداء على حق الورثة والدائنين.

على أنه يجوز إثبات الأمراض والحالات المخيفة بشهادة الشهود بالإضافة إلى الشهادات الطبية، وفقا لما جاء به قرار المحكمة العليا الذي نص على: "من المقرر قانونا أن الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية، ومن ثم قضاة الموضوع بقضائهم برفض دعوى الطاعنين رغم الثبوت بشهادات طبية بأن الواهب كان في حالة مرض مخيف وبأن الهبة كانت في مرض الموت، فإنهم بقضائهم كما فعلوا عرضوا قرارهم للقصور في التسيب"⁽³⁾.

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1990/03/05- ملف رقم 59240 - (المجلة القضائية لسنة 1992، العدد الثالث ص 57).

(2) عبد العزيز محمودي . رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري . ص 51 .

(3) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1998/06/16- ملف رقم 197335 - (المجلة القضائية لسنة 2001، عدد خاص، ص 281).

كما أنّ مرض الموت يستلزم إثباته، ولا يمكن إبطاله بسبب الشككية وهو ما تضمّنه القرار الذي نصّ على: "من المقرّر قانوناً أنّ الهبة في مرض الموت تعتبر وصيّة ومن ثمّ فإنّ القضاء بخلاف هذا المبدأ يعدّ مخالفاً للقانون. ولما كان ثابتاً- في قضية الحال- أنّ الواهب كان في مرض الموت بشهادة الموثّق والشهود والشهادات الطبية. فإنّ قضاة الموضوع بقضائهم برفض دعوى الطّاعن على أساس أنّ العقد التوثيقي لا يمكن إبطاله إلاّ في حالة الطّعن بالتزوير مع أنّ الدّعوى كانت ضدّ التصرف الذي أقامه الواهب وليس ضدّ شككية العقد رغم ثبوت أنّ الهبة موضوع النزاع كانت في مرض الموت فعلاً فإنّهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وعرضوا قرارهم للنقض"⁽¹⁾.

ويتعيّن إثبات المرض الذي يحوّل التصرف من هبة إلى وصيّة بالخبرة الطبيّة وعدم الاكتفاء بشهادة الشهود، وهو ما شمله قرار المحكمة العليا الذي نصّ على: "يثبت المرض العقلي الذي يبطل التصرف القانوني بموجب خبرة طبيّة صادرة من طبيب مختصّ وليس بشهادة الشهود"⁽²⁾.

مع مراعاة ثبوت تحرير عقد الهبة أثناء فترة المرض المخيف، وفقاً لقرار المحكمة العليا الذي نصّ على: "متى ثبت أنّ عقد الهبة قد حرّره المالك في فترة مرضه الخطير والمخيف الذي يدخل ضمن الحالات المشار إليها في المادة 204 من قانون الأسرة، كان على قضاة الموضوع أن يبطلوا عقد الهبة المذكور ويعتبرونه عقد وصيّة"⁽³⁾.

فالهبة إذا كانت لما بعد الموت عدّت باطلة لأنّ نفاذها مرتبط بموت الواهب، وهو ما تضمّنه قرار المحكمة العليا الذي نصّ على: "من المقرّر أنّ هبة لما بعد الموت تكون باطلة لأنها لا تنفذ إلاّ بموت الواهب، وتأخذ حكم الوصيّة". ولما كان ثابتاً- في قضية الحال- أنّ الواهب وهب العقار موضوع النزاع إلى الطّاعنة زوجته بشرط نقل الملكية إلى ما بعد الموت. ومن ثمّ فإنّ النّعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون غير وجيه..."⁽⁴⁾.

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 16/03/1999- ملف رقم 219901 - (المجلة القضائية لسنة 1999. عدد خاص. ص 287).

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 13/02/2002- ملف رقم 273529 - (المجلة القضائية لسنة 2003. العدد الثاني ص 293).

(3) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 15/06/2005- ملف رقم 318410 - (نشرة القضاة لسنة 2006. العدد 59. ص 231).

(4) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 17/03/1998- ملف رقم 186058 - (المجلة القضائية لسنة 1999. العدد الأول. ص 119).

2- ارتباط هبة المريض مرض الموت بثالث التركة.

بما أنّ الهبة في مرض الموت تأخذ منحى الوصية فذلك يجعل منها ترتبط ارتباطا وثيقا بمقدار الثلث، فإذا كانت قيمة الموهوب تقلّ عن ثلث التركة، صحّة الهبة، سواء كان الموهوب له وارثا أو غير ذلك، لأنّ الوصية أصبحت تجوز للوارث في الثلث كما تجوز لغير الوارث، ولا حاجة لإجازة الورثة.

أمّا إذا كانت قيمة الموهوب وقت الموت تزيد عن ثلث التركة، فلا تصحّ الهبة إلا بإجازة الورثة، فإن لم يجيزوها وجب على الموهوب له ردّ إلى التركة ما جاوز الثلث⁽¹⁾، وهو ما يتلاءم مع نصّ المادة 185 من قانون الأسرة الجزائري التي نصّت على: "تكون الوصية في حدود الثلث، وما زاد عن الثلث توقّف على إجازة الورثة"، أمّا إذا تصرّف الموهوب له في الموهوب الزائد عن الثلث، لم ينفذ التصرف في حقّ الورثة بغير إقرارهم⁽²⁾، فتصحّ الهبة بغير إجازة الورثة في حدود الثلث، وما زاد عنه فيقتضي إجازتهم، فإذا لم يجيزوه كان على الموهوب له أن يردّ ما زاد عن الثلث إلى التركة، وإذا كانت الهبة لأحد الورثة فإنّها تُعدّ وصية وتحتاج لإجازة بقية الورثة⁽³⁾ عملا بأحكام المادة 189 التي تنصّ على: "لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي".

فالهبة التي تقع أثناء مرض الموت تعدّ وصية وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا من خلال القرار الذي نصّ على: "حيث اتّضح من مراجعة القرار المنتقد ومن الأوراق التي تأسّس عليها، أنّ الواهب كان مريضا مرض الموت، وأنّ مرضه يدخل ضمن الأمراض الخطيرة والمُخيفة طبقا للمادة 204 من قانون الأسرة. حيث ثبت أنّ عقد الهبة موضوع النزاع تمّ تحريره في حالة المرض المُشار إليه. حيث أنّ المادة 204 من قانون الأسرة صريحة للغاية، إذ تنصّ على أنّ الهبة في مرض الموت والأمراض المُخيفة تعتبر وصية. حيث نظرا لما سلف ذكره، كان على قضاة الموضوع أن يعتبروا عقد الهبة الباطل على أنّه عقد وصية..."⁽⁴⁾.

كما أنّ الواهب إذا اشترط أنّه في صورة ما ظهر له ورثة آخرون بعد هبته فإنّها تكون وفقا للقانون بحسبه، فذلك ينقلها من اعتبارها هبة إلى وصية مضافة إلى ما بعد الموت، وهو ما تبناه قرار المحكمة العليا الذي نصّ على: "من المُستقرّ عليه قضاء أنّ الحكم الذي يحوز قوّة الشّيء المقضي فيه لا بدّ من أن تتوافق أسبابه مع منطوقه. ومن المقرّر قانونا أنّ الهبة تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية. ومتى تبين - في قضية الحال - أنّ الهبة موضوع النزاع أقامها المرحوم لزوجته ذاكرا بأنّه في حالة ما إذا وجد بعد وفاته ورثة آخرون وشرعيّون تحدّد الهبة حسب القانون وهو ما يجعلها في شكل وصية مضافة إلى بعد الموت في حين أنّ الشريعة لا تسمح بالوصية للوارث، والمطعون ضدها هي زوجة لا حقّ لها في الوصية وعليه فإنّ المسكن

(1) السنهاوري أحمد عبد الرزاق. الوسيط في شرح القانون المدني مصادر الإلتزام. ج5 ص 137 و 138.

(2) محمد بن أحمد تقيّة. دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن. ص 126.

(3) حمدي باشا عمر. عقود التبرعات الهبة - الوصية - الوقف. ص 23.

(4) المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 2005/06/15 - ملف رقم 318410 - (نشرة القضاة لسنة 2006. العدد 59. ص 231).

موضوع النزاع يعتبر من مخلفات الهالك ويورث عنه حسب الفريضة الشرعية وإن القضاة بقضائهم برفض الدّعى على أساس صحة الهبة خالفوا القانون⁽¹⁾.

3- وقت إقرار الورثة.

يجدر أن يكون إقرار الورثة مع الموت، فالعبرة بصفة الوارث وقت الموت وليس وقت الهبة، فلا معنى لإجازة الورثة قبل وفاة المريض، أمّا إذا تمّت لغير وارث فإنّها جائزة في ثلث التركة وقت الوفاة داخلها الشيء الموهوب ومازاد عن الثلث توقّف على إجازة الورثة بعد وفاة الواهب المريض⁽²⁾، فلو وهب شخص لأخيه وله ابن، ثمّ مات الابن ثمّ مات الواهب، وله إخوة كانت الهبة لوارث ولا ينفذ الزائد على الثلث، إلّا بإقرار باقي إخوته⁽³⁾.

كما أنّ إبطال الهبة المحرّرة من قبل الوكيل في مرض القانون تعتبر سليمة، وهو ما شمله قرار المحكمة العليا من خلال نصّه على: "تعتبر الهبة في مرض الموت والحالات المخيفة وصيّة لأنّه يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل وقت أو تحرير الهبة. وأنّ إبطال الهبة المحرّرة بواسطة الوكيل في مرض الموت هو تطبيق سليم للقانون لعدم تحقيق ما تقتضيه أحكام المادتين 203 و 204 من قانون الأسرة"⁽⁴⁾.

وينبغي التأكيد على أنّ الهبة تمّت في مرض الموت، وليس قبل ذلك حتى يتسوّى للورثة الاعتراض أو الإقرار، فلا يمكن الاعتداد بما تمّ قبل المرض، وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا في قرارها الذي نصّ على: "من المقرّر فقها واجتهادا أنّه يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل، وإن صدر تبرّعه أثناء مرض الموت تعتبر الهبة وصيّة. ويجب على الورثة أن يثبتوا أنّ الهبة قد صدرت من مورّثهم وهو في مرض موته، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق. حيث يُستخلص من تلاوة القرار المنتقد أنّ قضاة مجلس الإحالة بإبطالهم عقد الهبة اكتفوا بالقول أنّ الواهب كان مريضا وقت تحرير الهبة بدليل أنّه استدعى الموثّق إلى منزله لتحرير العقد. حيث أنّه إذا كان شرط مرض الموت في إبطاله الهبة يعدّ مسألة قانون فإنّ حصول هذا المرض يجب إثباته. وبما أنّ قضاة الموضوع لمّا حكموا بإبطال الهبة المتنازع عليها دون إجراء تحقيق للتأكد من أنّ الهبة

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 13/03/1998- ملف رقم 179724 - (المجلة القضائية لسنة 2001. عدد خاص. ص 277).

(2) عبد العزيز محمودي . رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري . ص 54 .

(3) محمد بن أحمد تقيّة. دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن. ص 127.

(4) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 21/02/2001- ملف رقم 256869 - (المجلة القضائية لسنة 2002. العدد الثاني. ص 428).

صدرت من الواهب وهو في مرض موته لم يسبّبوا قرارهم تسبباً كافياً ولم يؤسّسوه تأسيساً شرعياً، الأمر الذي يستوجب النقص⁽¹⁾.

وعلى القضاة الأخذ بالحسبان الشّهادات الطبيّة المُثبتة للمرض المُخيف، والذي يجعل من الهبة وصيّة، وإلاّ كان قضاؤهم غير مسبّب، وهو ما تبّنته المحكمة العليا من خلال قرارها الذي نصّ على: "من المقرّر قانوناً أنّ الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المُخيفة تعتبر وصيّة. ومن ثمّ فإنّ قضاة الموضوع بقضائهم برفض دعوى الطّاعنين رغم الثّبوت بشهادات طبيّة بأنّ الواهب كان في حالة مرض مُخيف وبأنّ الهبة كانت في مرض الموت، فإنّهم بقضائهم كما فعلوا عرضوا قرارهم للقصور في التّسبب. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"⁽²⁾.

خامساً: ضرورة مراعاة الإجراءات الشّكلية في الهبة.

نظراً لأهميّة عقد الهبة فإنّه لا يكتفى بتوافر الشّروط الموضوعية، وإنّما لا بدّ من توافر عنصر الشّكل، لأنّ الهبة تدخل في نطاق العقود الشّكلية والتي لا يكفي في انعقادها تراضي المتعاقدين، بل يجب فضلاً عن ذلك لتمامها اتّباع شكل مخصوص يحدّده القانون، وأكثر الحالات الشّكلية هو ورقة رسميّة يدوّن فيها العقد، والهدف من العقد الشّكلي هو تنبيه المتعاقدين إلى خطورة ما يتعاقدون عليه⁽³⁾، ويعدّ هذا الشّروط حماية للواهب والموهوب له، وكذا حقوق الغير ولا سيما الأقارب منهم.

1- ضرورة الشّكلية في عقد الهبة.

تُعتبر الشّكلية إجراءً جوهرياً في عقد الهبة، والمقصود بذلك هو إفراغ رضا الطّرفين الواهب والموهوب له في شكل رسمي على يد الموثّق المُختص، وفقاً لنصّ المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري التي نصّت على: "تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتمّ الحيازة، ومراعاة أحكام قانون التّوثيق في العقارات والإجراءات الخاصّة في المنقولات. وإذا اختلّ أحد القيود السّابقة بطلت الهبة"، فواضح من خلال المادة مدى أهميّة الرّسميّة والحيازة في انعقاد الهبة سواء كان الموهوب عقاراً أو منقولاً، وهو ما سيتمّ التّفصيل فيه كما يلي:

أ- وجوب الشّكلية في هبة العقار.

إنّ هبة العقار كغيرها من الهبات تنعقد بالإيجاب والقبول، وضرورة مراعاة أحكام التّوثيق والحيازة، ونصّ المشرّع في القانون المدني الجزائري على الرّسميّة في العقود في المواد من 324 إلى 324 مكرّر 7، فيتولّى الموثّق إبرام العقد بين الطّرفين بتلقّي الإيجاب والقبول بشأن الموهوب، وفقاً لمضامين المادة 324 مكرّر 1

(1) العربي بلحاج. قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02/05 ومعلّقاً عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة 1966-2006. ص 588. (أنظر المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار غير منشور مؤرخ في 1986/05/05. ملف رقم 41111).

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1998/06/16- ملف رقم 197335 - (المجلة القضائية. عدد خاص. ص 281).

(3) السنهوري أحمد عبد الرزاق. الوسيط في شرح القانون المدني مصادر الإلتزام. ج 1 ص 127.

وذلك تحت طائلة البطلان، وإلا كانت الشكلية ناقصة وبالتالي يبطل عقد الهبة، التي تنصّ على: "زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب، تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير مؤسسات صناعية، في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرّر العقد. كما يجب، تحت طائلة البطلان، إثبات العقود المؤسّسة أو المعدّلة للشركة بعقد رسمي. وتودع الأموال الناتجة عن هذه العمليات لدى الضابط العمومي المحرر للعقد".

فعلى المتعاقدين التقدّم إلى مكتب الموثّق الذي يوجد في دائرته العقار الموهوب، حتى يتسنى للموثّق القيام بإجراءات التوثيق الذي يقبض الرّسم المستحقّ على العملية، ويتأكّد من أهلية الطّرفين من خلال من مستندات كشهادة الميلاد أو شهادة طبية.

فتسجيل العقد المتضمّن الهبة لدى موثّق رسمي يعدّ حجة بين أطرافه تحت طائلة البطلان، وهو ما تبنته المحكمة العليا من خلال القرار الذي نصّ على: "من المقرّر قانوناً أنّه يستوجب تسجيل العقود المنظّمة للهبة لدى موثّق رسمي تحت طائلة البطلان لأهميّة هذه العقود، لتكون حجة بين أطرافه وإزاء الغير..."⁽¹⁾. وفي صورة ما كانت الهبة واقعة بطريق الوكالة، كان على الموثّق التأكّد من أنّ الهبة في نطاق الوكالة وغير خارجة عنها، التي ينبغي أن تخضع لمعيار الشّكل، على أنّ عمليّة التوثيق يجب أن تتمّ بحضور شاهدين وفقاً لنصّ المادة 324 مكرّر 3 التي تنصّ على: "يتلقّى الضّابط العمومي، تحت طائلة البطلان، العقود الاحتفائية، بحضور شاهدين".

كما يجب أن يقع التّلازم بين الرّسمية والحيازة ولا يمكن التخلّي عن أحدهما⁽²⁾ إلّا فيما ورد في المادة 208 من قانون الأسرة الجزائري التي نصّت على: "إذا كان الواهب وليّ الموهوب له، أو زوجه أو كان الموهوب مشاعاً فإنّ التوثيق والإجراءات الإدارية تُغني عن الحيازة".

وهو ما عالجت المحكمة العليا من خلال القرار الذي تضمّن ضرورة الحيازة في عقد الهبة، فضلاً عن حالة الهبة بين الزّوجين، من خلال النصّ على: "من المقرّر فقها أنّ الهبة تلزم بالقول وتتمّ بالحوز، وهبة الزّوجين لبعضهما يعمل بها ولو لم يتمّ الحوز حتى حصول المانع ومات الواهب فالهبة صحيحة إذا أشهد عليها... ولمّا كان من الثّابت- في قضيّة الحال- أنّ الواهب وهب لزوجته "المطعون ضدها" وأشهد على هبته، فإنّ

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1992/02/18- ملف رقم 81376 - (المجلة القضائية لسنة 1993. العدد الرابع. ص 88).

(2) محمد بن أحمد تقيّة. دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن. ص 206.

القرار المطعون فيه باعتماده على أقوال الشهود والوثيقة العرفية في تأييد الحكم المستأنف القاضي برفض دعوى الطّاعن الرّامية إلى تمكينه من نصيبه من إرث أخيه زوج المطعون ضدها طبقوا صحيح القانون⁽¹⁾.

وإذا جاز أن يكون القبول المنفصل للهبّة في غير ورقة رسمية، فالإيجاب المكتوب في ورقة رسمية يجب اشتغالها على جميع التفاصيل من واهب وموهوب له وموهوب، والشروط المرتبطة بها والالتزامات المفروضة على الموهوب له، ولا يمكن استكمال هذه الورقة الرسمية في عنصر من عناصر الهبة أو في الالتزام فيها، بورقة عرفية وإلا كانت الشكلية ناقصة فتبطل الهبة⁽²⁾، ويمكن الاستدلال على ذلك من خلال الفقرة الثانية من المادة 68 من القانون المدني الجزائري التي نصّت على: "...ويعتبر السكوت في الرد قبولاً، إذا اتّصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجّه إليه".

كما يجب أن تراعى إرادة الواهب فيما يخصّ الهبة بين الزوجين، حتى ولو ترتّب على ذلك طرد لمن يشغل السّكن الموهوب وفقاً لقرار المحكمة العليا الذي نصّ على: "إنّ القضاء بطرد الزّوجة الأولى من المسكن الموهوب للزّوجة الثّانية احتراماً لإرادة الواهب طبق لأحكام المادة 208 من قانون الأسرة هو تطبيق سليم للقانون"⁽³⁾.

وتجدر الإشارة إلى أنّ حيازة العقار المستندة إلى سند صحيح وبحسن نيّة تنشيء حقّاً عن طريق التّقدّم المكسب، وهو ما أخذت به المحكمة العليا من خلال القرار الذي نصّ على: "من المقرّر قانوناً أنّه إذا وقعت الحيازة على عقار أو حقّ عيني وكانت مقترنة بحسن النيّة ومستمدّة في الوقت نفسه إلى سند صحيح فإنّ مدّة التّقدّم المكسب تكون عشرة سنوات ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ خرقاً للقانون. ولمّا كان من الثّابت- في قضية الحال- أنّ الطّاعنة حازت العقار واستغلّته مدّة ثلاثة عشر سنة بناء على سند رسمي وصحيح وبحسن نيّة، فإنّ قضاة الموضوع برفضهم لدعواها الرّامية إلى اكتساب العقار خرقوا القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"⁽⁴⁾.

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 19/02/1990- ملف رقم 58700 - (المجلة القضائية لسنة 1991. العدد الرابع. ص 113).

(2) السنهاوري أحمد عبد الرزاق. الوسيط في شرح القانون المدني مصادر الإلتزام. ج 5 ص 51 و 52.

(3) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 28/03/2001- ملف رقم 258290 - (المجلة القضائية لسنة 2006. العدد 57. ص 213).

(4) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 18/06/1991- ملف رقم 72055 - (النشرة القضائية لسنة 1993. العدد الثالث. ص 72).

ب- الشكّلية في هبة المنقول المتطلّب إجراءات خاصّة.

يتطلّب القانون في نقل الملكية لبعض المنقولات إجراءات نوعيّة كما هو الحال بالنسبة لهبة الأسهم والسيّارات، ومن أمثلة ذلك الإجراءات المتعلّقة بالأسهم⁽¹⁾، وهو ما شملته المادة 715 مكرّر 55 من القانون التجاري الجزائري التي نصّت على: "يجوز عرض إحالة الأسهم للغير بأي وجه كان على الشّركة للموافقة بموجب شرط من شروط القانون الأساسي، مهما تكن طريقة النّقل، ماعدا حالة الإرث أو الإحالة سواء لزوج أو أصل أو فرع".

2- جزاء تخلف الشكّلية في عقد الهبة.

نصّت المادة 206 من قانون الأسرة على: "تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتمّ الحيّزة، ومراعاة أحكام قانون التّوثيق في العقّارات والإجراءات الخاصّة في المنقولات. وإذا اختلّ أحد القيود السّابقة بطلت الهبة"، ونصّت المادة 324 مكرّر 1 من القانون المدني الجزائري على: "زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب، تحت طائلة البطلان..."

من خلال نصّ المادتين يتّضح أنّ المشرّع قد ربّط البطلان المطلق باختلال شكل الهبة الذي يتطلّبه القانون في العقّار أو المنقول، فتبطل الهبة بطلانا مطلقا ولا تُنتج أثرا، فيبقى المال ملكا للواهب فلا ينتقل شيء للموهوب له، ويجوز للواهب رفع دعوى البطلان وأن يتمسّك به دفعا في دعوى يرفعها عليه الموهوب له، ويجوز لأي ذي مصلحة التمسّك بالبطلان كورثة الواهب، والخلف الخاص كالمشتري من الواهب، وفي صورة ما انقضت دعوى البطلان بالتّقدم أمكن للواهب رفع دعوى استحقاق لاسترداد العقّار⁽²⁾.

ولأنّ البطلان يترتّب عن تخلف الشكّلية في الهبة فذلك يمنع تصحيحه بالإجازة، وباستطاعة الطّرفين إعادة إبرام عقد جديد لاستيفاء الشّكل المطلوب قانونا، وهي هبة جديدة، ولا يمكن للحائز الاحتجاج بنصّ المادة 835 من القانون المدني في ظلّ صراحة المادة 206 من قانون الأسرة⁽³⁾.

وربّبت المحكمة العليا جزاء البطلان في حال تخلف الشكّلية المنصوص عليها قانونا، في العقود المنشئة للهبة وهوما نصّ عليه القرار التّالي: "من المقرّر قانونا أنّ العقود المتضمّنة نقل الملكية العقّارية يجب أن تحرّر في شكل رسمي، وإلا وقعت تحت طائلة البطلان، وتنصّ المادة 206 من قانون الأسرة، أنّ الهبة تنعقد بالإيجاب والقبول مع مراعاة أحكام قانون التّوثيق في العقّارات، لذا فإنّ الهبة الواردة في الشّكل العرّفي تُعدّ باطلة لعدم استيفائها الشّروط الجوهرية"⁽⁴⁾.

(1) محمد بن أحمد تقيّة. دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن. ص 211.

(2) السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني مصادر الإلتزام. ج 5 ص 69 و 70.

(3) محمد بن أحمد تقيّة. المرجع السابق. ص 213 و 214.

(4) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1994/11/09 - ملف رقم 10365 - (النشرة القضائية لسنة 1997. العدد 51. ص 67).

3- الاستثناءات الواردة على الشكلية في عقد الهبة.

أكد المشرع على ضرورة إعمال الشكلية في عقد الهبة حتى لا تقع باطلة، ومع ذلك قد يمكن الاستغناء على ذلك من خلال الهبة الغير مباشرة والهبة المستترة وفقا للتدقيق التالي:

أ- الهبة الغير مباشرة.

الهبة غيرالمباشرة تكون حينما يكسب الموهوب له حقًا عينيا أو حقًا شخصيًا دون مقابل على سبيل التبرع عن طريق الواهب، دون أن ينتقل إليه ذلك الحق من الواهب مباشرة، ومن أمثلة الهبة الغير مباشرة التزول عن حق شخصي أي الإبراء، لأن الموهوب له (المدين) كسب الدين عن طريق تنازل الواهب عنه، وليس عن طريق انتقاله من الواهب إليه، وأيضا الاشتراط لمصلحة الغير على سبيل التبرع، كأن يبيع شخص لأخر دارا مُشترطا عليه أن يدفع الثمن إيرادا مرتبًا مدى الحياة لوالد البائع دون أن يأخذ البائع مقابلا من والده عن هذا الإيراد، فهذه هبة غير مباشرة لأن والد البائع لم يلتزم بهذا الإيراد مباشرة لوالده بل عن طريق وسيط يتمثل في المشتري، وكذلك الشأن بالنسبة لمن أمّن على حياته لمصلحة أولاده⁽¹⁾.

إن الأحكام الخاصة بالشكل لا تنطبق على الهبة الغيرمباشرة، وبالتالي تسري الأحكام الموضوعية من حيث جواز الرجوع في الهبة والطعن بالدعوى البولصية وفي أهلية التصرف، ويمكن إثبات الهبة الغير مباشرة طبقا للقواعد العامة للإثبات، كما هو الحال للكتابة بالنسبة لنص المادة 333 من القانون المدني الجزائري، فيما يكون بين المتعاقدين، أما الغير فيمكنه الإثبات بكافة الطرق⁽²⁾.

ب- الهبة المُستترة.

الهبة المُستترة هبة مباشرة ينقل بموجبها الواهب حقًا عينيا، أو يلتزم بحق شخصي تجاه الموهوب له، ويعدّ ظاهرها مخالف لحقيقتها، فهي في حقيقتها هبة ولكنها تظهر تحت اسم عقد آخر، وهي معفاة من الشكل.

من أهم الأمثلة الدالة على الهبة المُستترة هي حوالة الحق، حيث يحيل صاحب الحق حقه إلى المُحال له على سبيل التبرع، غير أنّه يكتب في الحوالة مقابلا يستتر فيه الهبة، ومن الأمثلة كذلك إقرارا بالدين فيكتب الواهب إقرارا بدين عليه لآخر، وهو في الحقيقة غير مدين وإنما قصد الالتزام عن طريق التبرع، وكذا تتجلى الهبة المُستترة في عقد إيراد مرتّب مدى الحياة، بأن يلتزم شخص لآخر بترتيب إيراد له مدى الحياة، ويكتب صوريا مقابلا لهذا الإيراد.

(1) السنهاوري. الوسيط في شرح القانون المدني مصادر الالتزام. ج5 ص 83.

(2) محمد بن أحمد تقيّة. دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن. ص 218 و 219.

ينبغي أن لا تكون الهبة مكشوفة، فيجب وجود عقد آخر سائر لها، والذي يعدّ نوعاً من الشكليّة حلّ محلّها أو عينيتها إذا كانت الهبة واقعة على منقول، وعلى هذا الأساس ينبغي أن يستوفي هذا العقد جميع شروطه في الواقع⁽¹⁾.

فالهبة المُستترة تُعفى من الشكليّة والعينية، فإذا كانت لا تخضع للأحكام الشكليّة فإنّها تخضع للموضوعيّة، تستلزم أهليّة التبرّع في الواهب، وأن يكون الواهب مالكا للموهوب ويتحقّق فيه ضمان الاستحقاق وضمان العيب، وتعدّ تبرّعا بالنسبة للدّعوى البولصيّة، ويجوز فيها الرجوع، إلّا إذا وُجد مانع، وإذا صدرت في مرض الموت كان لها حكم الوصيّة، وعلى من يدّعي أنّ العقد الظاهر ليس هبة مُستترة لتجري عليها أحكام الهبة الموضوعيّة هو الذي يتحمّل عبء الإثبات⁽²⁾.

سادسا: الرجوع عن الهبة.

إنّ الهبة وباعتبارها عقدا تبرّعا، قد يرد عليها ما من شأنه أن يعيد إرادة الواهب عن نيّته التبرّعية والرجوع عن الهبة، وتكتسي أحكام الرجوع في الهبة بما تشملها من إمكانيّة لذلك، وموانع وآثار أهميّة تستدعي التدقيق كما يلي:

1- إمكانيّة الرجوع في الهبة.

إذا كانت الهبة ووقع القبض فلا يمكن الرجوع فيها عند الجمهور وجائزة عند الحنفيّة، فرأى المالكيّة⁽³⁾ أنّه بانعقاد الهبة صحيحة يثبت الملك، ولا يجوز الرجوع عنها إلّا بالنسبة للأب فيما وهب لابنه إذا لم يترتب عن ذلك حقّ للغير كزواجه أو ينشئ ديناً، فالإعتصار عند المالكيّة أو الرجوع في الهبة يمكن وقوعه بين الوالد وولده، ولابدّ أن يراعى في ذلك خمسة أمور هي: ألا يتزوج الولد بعد الهبة، ولا ينشئ ديناً لأجل، وألا تتغيّر حالة الشيء الموهوب، وألا يحدث الموهوب له في الموهوب حدثاً، وألا يمرض الواهب أو الموهوب له، فإن حدثت إحدى هذه الأمور يمتنع الرجوع، ورأى الشافعية والحنابلة⁽⁴⁾ أيضاً عدم جواز الرجوع في الهبة إلّا فيما وهب الأب لولده وذلك لقوله ﷺ: "الْعَائِدُ فِي هِبَتِهِ كَالْكَلْبِ يَقِيءُ ثُمَّ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ"⁽⁵⁾، بينما رأى الحنفيّة⁽⁶⁾

(1) السنهوري. المرجع السابق. ج 5 ص 87 و 88.

(2) محمد بن أحمد تقيّة. دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن. ص 221.

(3) الدسوقي. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. ج 4 ص 112.

(4) الشربيني. مغني المحتاج. ج 2 ص 401؛ ابن قدامة. المغني. ج 6 ص 273.

(5) سبق تخريجه.

(6) الكاساني. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ج 6 ص 127.

جواز الرجوع في الهبة بانعدام المانع من ذلك، لأنّ حكم الهبة ثبوت الملك للموهوب له غير لازم، ودليلهم في ذلك عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: الرَّجُلُ أَحَقُّ بِهَبَّتِهِ مَا لَمْ يُثَبِّ مِنْهَا⁽¹⁾.

من خلال الآراء الفقهية، يتّضح أنّ حكم الهبة غير لازم عند الحنفية، ولازم عند الجمهور باستثناء هبة الوالد لولده، فعند المالكية يصحّ له الرجوع قبل القبض، وبعد القبض أيضاً عند الشافعية والحنابلة، ويثبت ذلك الحقّ عند الشافعية في هبة الأصل (الوالد والجدة) للفرع مطلقاً⁽²⁾.

بالرجوع إلى المشرّع الجزائري فإنّه ومن خلال قانون الأسرة جعل الهبة عقدا ملزما، فلا يجوز الرجوع فيها بإرادة الواهب المنفردة، واستثنى حالات تضمّنتها المادة 211 التي نصّت على: "للأبوين حقّ الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنّته إلّا في الحالات التالية: 1- إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له. 2- إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين، 3- إذا تصرف الموهوب له في الشّيء الموهوب ببيع، أو تبرع منه أو أدخل عليه ما غير طبيعته"، فواضح أنّ المشرّع قد ساير الجمهور أخذاً بتفصيل المالكية.

ثمّ أضاف في المادة 211 عدم إمكانية الرجوع في الهبة إذا كانت لجهة معيّنة بقصد تحقيق المنفعة العامة، حيث نصّت على: "الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها"، بل يمكن الرجوع عنها بالتراضي في جميع الأحوال حتى بوجود مانع من الرجوع عنها أو انعدامه⁽³⁾.

وفصلت المحكمة العليا جزئية مهمة تقضي بحصر المقصود من إمكانية الرجوع عن الهبة بالأبوين بالأب والأم، دون امتداد ذلك للجدة والجدة من خلال القرار الذي نصّ على: "حيث تنصّ المادة 211 من قانون الأسرة على أنّ للأبوين حقّ الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنّته إلّا في حالات ثلاث ذكرت على سبيل الحصر. حيث أنّ ما يفهم من هذا، هو أنّ الأبوين هما الأب والأم فقط. حيث أنّ الواهب في الدّعى الحالية هي الجدة، بأن وهبت لحفدتها بعقد رسمي محرّر في 29 سبتمبر 1998 عقارا ذو طابع سكني، ثم حرّرت عقدا رسمياً بتاريخ 17 فيفري 2002 بالعدول عن الهبة هذه وهو العقد موضوع الدّعى التي انتهت بالقرار المطعون فيه. حيث أنّ المجلس فسّر القانون تفسيراً خاطئاً، بل اجتهد في تفسيره، مع أنّه واضح ولا يحتاج إلى اجتهاد، ذلك أنّه لا يمكن اعتبار الجدة بمثابة الأم، فحقّ الرجوع في الهبة منحه القانون للأبوين فقط. حيث أنّ القرار المطعون فيه قد خرق القانون فعلاً، وهو يستحقّ النّقض والإبطال..."⁽⁴⁾، وهو ما يتلاءم مع القرار الذي

(1) رواه ابن ماجه والدارقطني، أنظر: (ابن ماجه، سنن ابن ماجه. كتاب الهبات. باب من وهب هبة رجاء ثوابها. الحديث رقم 2387، ج 3 ص 467؛ الدارقطني. سنن الدارقطني. كتاب البيوع. الحديث رقم 180. ج 3 ص 43).

(2) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 5 ص 645.

(3) هذه الحالة تسمى التّقايل بمعنى أنّ الواهب يريد الرجوع عن الهبة ويتراضى مع الموهوب له، وهوما يشكّل إقالة للهبة، ويمكن أن يكون التّراجع عنها بالتّراضي إذا لم يتراضا طرفاها عن الرجوع. (أنظر: حمدي باشا عمر. عقود التبرعات الهبة - الوصية - الوقف. ص 31).

(4) المحكمة العليا - الغرفة المدنية - قرار صادر بتاريخ 2007/03/21 - ملف رقم 357544 - (المجلة القضائية لسنة 2007. العدد الأول. ص 257 و 258).

جاء في نفس السياق ونصّ على: "المقصود، حسب الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، بكلمة الأبوين الواردة في المادة 211 من قانون الأسرة، الأب والأم فقط ولا تشمل الجدّ والجدّة. لا يحقّ للجدّة الواهبة التّراجع عن هبتها لحفيدها"⁽¹⁾.

لكن بالمقابل جعلت المحكمة العليا الأمر ينصرف للأحفاد، وفقا للقرار الذي نصّ على: "إنّ الرّجوع في الهبة يشمل الابن وابن الابن التّابع لأبيه مالم يحصل أي مانع من الموانع المنصوص عليها في المادة 211 من قانون الأسرة"⁽²⁾، وأيضا ماجاء في القرار الذي نصّ على: "حيث أنّ رجوع المطعون ضدها في الهبة بشأن ابنها(س)، يشمل هذا الرّجوع أيضا حفيدها "عادل" باعتباره تابعا لأبيه (س)، ولم يكن مقصورا بذاته فيأخذ حكم أبيه..."⁽³⁾.

على عكس المشرّع الجزائري أتاح المشرّع التونسي بموجب الفصل 210 من المجلّة للواهب أن يرجع في هبته وفق حدود معيّنة لا سيما إذا أخلّ الموهوب له بما يجب نحو الواهب، ويكون هذا الإخلال جحودا كبيرا منه، وأصبح الواهب عاجزا على كفاية نفسه ماليا، أوأن يُرزق الواهب بعد الهبة ولدا يظل حيّا إلى وقت الرّجوع.

2- موانع الرّجوع في الهبة.

بالرّجوع إلى المادة 211 من قانون الأسرة الجزائري التي تضمّنت إمكانية رجوع الوالدين عن الهبة لولديهما، فإنّها جعلت منه استثنائيا وغير موسّع، وجعله للوالدين دون سواهما، وعدم تقييد ذلك بسنّ محدّدة للأولاد وكذا دون تحديد المدّة، على أن يشمل الرّجوع العقارات والمنقولات، ويهدف هذا الإجراء إلى حماية أموال الوالدين من التّبذير من قبل أولادهم، غير أنّه لا يمكن للوالدين الرّجوع عن الهبة تجاه أولادهم في حالات ثلاث:

أ- الحالة الأولى: إذ كان الهدف من هبة الوالد لولده هو الزّواج حتى في صورة مالم يتمّ في الوقت المطلوب، فليس له الرّجوع في هبته، مادام أنّ المقصود هو الزّواج المطلوب شرعا، وقد تحقّق المقصد بمجرد إبرام العقد.

ب- الحالة الثّانية: إذا كان الغرض من هبة الوالد لابنه هو ضمان قرض أو قضاء دين في ذمّة الواهب، فلا يمكن الرّجوع عنها طالما لم يسدّد الدّين، ويصبح المال الموهوب ضامنا للدّين، فالواهب كفيل لأنّه التزم بإرادته المنفردة لضمان الدّين أو قضائه.

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 2010/07/15- ملف رقم 554347 - (المجلة القضائية لسنة 2010، العدد الثاني، ص 255).

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 2001/02/21- ملف رقم 252350 - (المجلة القضائية لسنة 2002، العدد الأول، ص 308).

(3) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والمواريث - قرار صادر بتاريخ 2001/02/21- ملف رقم 252350- (المجلة القضائية لسنة 2002، العدد الأول، ص 310).

ج- الحالة الثالثة: إذا تصرف الولد الموهوب له في الهبة ببيع أو تبرع أو ضاعت منه، فذلك مانع من استردادها من طرف الوالد، لأنها خرجت من يده، فضلا على قيام الموهوب له بإدخال تعديلات على الشيء الموهوب له بالزيادة أو النقصان، كمن يزرع أرضا بورا ويصرف عليها أموالا طائلة⁽¹⁾.

وهو ما زكاه رأي المحكمة العليا من خلال القرار الذي نصّ على: "من المقرر قانونا أنه لا يحقّ للوالدين الرجوع في الهبة لولدهما إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع أو تبرع أو ضاع منه أو أدخل عليه ما غير طبيعته. لما كان من الثابت- في قضية الحال- أنّ قضاة الاستئناف برفضهم دعوى الطاعنة لكونها من جهة لم تثبت وجود التزوير الذي ادّعت به في عقد الهبة، ومن جهة أخرى أنّ المطعون ضدهما قد أدخل على المال الموهوب أعمالا غيرت طبيعته، وهذا يُسقط حقّ للطاعنة حقّها في التراجع عن الهبة. ومن ثمّ، فإنّ القضاة بقضائهم كما فعلوا قد سبّبوا قرارهم تسببا كافيا وطبقوا القانون تطبيقا سليما"⁽²⁾.

وتجدر الإشارة إلى أنّه لو قام الموهوب له بتصرف غير نهائي، ثمّ فسخ مثلا عقد البيع أو أبطله كان للواهب أن يرجع عليه، وتقرّر شرط التصرف في الشيء محلّ الهبة حماية للغير المتصرف إليه ليكون في مأمن من رجوع الواهب.

على هذا الأساس لا يمكن للأبوين الرجوع عن الهبة لولديهما في إحدى الصّور السّالفة الذّكر، وضرورة تبين السّبب الكامن وراء تصرف الولد الموهوب له في الشيء الموهوب، وفقا لقرار المحكمة العليا الذي نصّ على: "للأبوين الحقّ في الرجوع عن الهبة إلّا في حالات محصورة قانونا. أنّ القضاء برفض دعوى الواهب فيما يخصّ الرجوع في الهبة دون التعرّف على الأسباب الحقيقيّة للتراجع والتأكّد من أنّ المطعون ضده تصرف في المال الموهوب يجعل القرار معيبا بالقصور في التّسبيب"⁽³⁾.

ويكون للواهب الحقّ في الرجوع عن الهبة لولده دون اشتراط أن يثبت أنّه وقع تدليس من الأخير، وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا من خلال قرارها الذي نصّ على: "من المقرر قانونا أنّه للأبوين حقّ الرجوع في الهبة لولدهما وفقا للمادة 211 من قانون الأسرة، والمستفاد من القرار المطعون فيه الذي رفض دعوى الطّاعن الرّامية إلى التّراجع عن هبة وقّعها لفائدة ابنته حول إيجار محلّ تجاري بحجّة عدم إثبات المناورات التّدليسيّة التي أحاطت بهذا التنازل هو تعليل خاطيء، لأنّ المادة 211 من قانون الأسرة لا تشترط إثبات

(1) محمد بن أحمد تقيّة. دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن. ص 259 و 260.

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1998/03/11- ملف رقم 153622- (المجلة القضائية لسنة 1997. العدد الثاني. ص 69).

(3) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 2000/11/21- ملف رقم 252985- (المجلة القضائية لسنة 2001. العدد الثاني. ص 287).

التدليس أو المناورات الاحتياطية خلال التنازل لإلغاء الهبة، بل تترك للواهب الحرية التامة للتراجع عن هبته ماعدا الحالات الواردة في نفس المادة. ومتى كان كذلك، فإنّ القرار جاء مخالفا للقانون ممّا يتعيّن نقضه⁽¹⁾.
ويجب التنويه إلى أنّ صفة المطالبة بالرجوع في الهبة محصورة في الوالدين دون غيرهما، ولاسيما أحد ورثتهما، فلا يمكن لورثة الواهب الذي توفي أثناء إجراءات المطالبة باسترداد الموهوب الحلول محلّه واستكمال عملية الرجوع عن الهبة، وفقا لقرار المحكمة العليا الذي نصّ على: "ومن المقرّر قانونا كذلك وفقا للمادة المذكورة، أنّ حقّ الرجوع في الهبة يخصّ الأبوين فقط، ولمّا تبين في قضيتة الحال أنّ الواهب توفي أثناء سير الإجراءات وقبل صدور الحكم وتدخل ورثته في متابعة إجراءات السير في الدّعى وكان طلبهم الأساسي هو إبطال عقد الهبة الذي صدر من الواهب (الأب المتوفى) وباستجابة قاضي الدرجة الأولى ومن بعده قضاة الموضوع لطلبهم الرّامي إلى إبطال عقد الهبة، يكونوا قد أخطأوا في تطبيق القانون، لا سيما المادة 211 من قانون الأسرة مادامت هذه الأخيرة تخصّ الأبوين فقط، الأمر الذي يتعيّن معه نقض وإبطال القرار المطعون فيه..."⁽²⁾.

كما أنّه لا يمكن الرجوع عن الهبة بين الزوجين حتى بوفاة الزوج، وهو ما عالجه القرار الذي نصّ على: "تعتبر الهبة بين الزوجين حال قيام الحياة الزوجية لازمة منذ صدورهما ولو لم تتمّ فيها الحيابة كما لا يجوز الرجوع فيها أو إبطالها بعد وفاة الزوج"⁽³⁾.

ولا يؤثّر اشتراط الزوج احتفاظه بحقه بالرجوع فيما وهب لزوجته إذا توفيت قبله على صحّة الهبة، إذا توفي هو قبلها وفقا لقرار المحكمة العليا الذي نصّ على: "احتفاظ الزوج الواهب، في الهبة بين الزوجين، بحقه في التراجع عنها، في حالة وفاة الزوجة الموهوب لها قبله، لا يؤثّر على صحّة الهبة، في حالة وفاته قبلها"⁽⁴⁾.

كما أنّه إذا غيّر الموهوب له طبيعة الشيء كقيامه بتشديد مبنى فوق العين الموهوبة، فيمنع الرجوع عن الهبة، فضلا على أنّه إذا ضاع الموهوب من يد الموهوب له بسبب أجنبي أو إهمال منه كان ذلك مانعا من الرجوع في الهبة، ووفقا للمادة 212 من قانون الأسرة الجزائري لا يمكن الرجوع عن الهبة إذا كانت للمصلحة العامة وصورة ذلك من يهب أرضا لبناء مدرسة أو مستشفى أو مسجد⁽⁵⁾.

(1) المحكمة العليا- الغرفة المدنية- قرار صادر بتاريخ 17/03/1999- ملف رقم 177328- (المجلة القضائية لسنة 2000. العدد الثاني. ص 81).

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية- قرار صادر بتاريخ 14/06/2006- ملف رقم 367996 - (المجلة القضائية لسنة 2007. العدد الأول. ص 483 و 484).

(3) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 18/04/2001- ملف رقم 264468 - (المجلة القضائية لسنة 2002. العدد الأول. ص 320).

(4) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 12/10/2005- ملف رقم 341661 - (المجلة القضائية لسنة 2006. العدد الثاني. ص 403).

(5) حمدي باشا عمر. عقود التبرعات الهبة - الوصية - الوقف. ص 36 و 37.

وينبغي التمييز بين إمكانية الواهب في الرجوع عن هبته لأولاده، وعدم قدرته في الرجوع عنها لزوجته، وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا من خلال قرارها الذي نصّ على: "حيث متى قام قضاة المجلس بإلغاء الحكم المستأنف بكامله والذي قضى بالإشهاد للمدّعي بتراجعه عن الهبة بكاملها والتي كان قد استفادت منها زوجته وابنتاه القاصرتان، دون أن يقوم قضاة الاستئناف عند إلغائهم للهبة بوضع التفرقة بين ما هو موهوب للزوجة والذي لا يجوز التراجع عنه، وما هو موهوب للبنات القاصرتان والذي يجوز التراجع عنه، فإنّ قضاءهم بإلغاء عقد الهبة المُحرّر بتاريخ 17-05-2003 بأكمله يجعل من قرارهم المُنتقد مشوبا بالخطأ في تطبيق القانون، الأمر الذي يستوجب نقض القرار محلّ الطعن..."⁽¹⁾.

كما أنّه يترتّب على وفاة الموهوب له عدم قدرة هبة الشيء الموهوب من جديد، وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا من خلال قرارها الذي نصّ على: "حيث ثبت من شهادة الوفاة رقم 3066 أنّ المدعو(غ.ر) وهو أحد الموهوب لهما في عقد الهبة المُحرّر بتاريخ 27 فيفري 1968، قد توفي بتاريخ 03-08-1977 بعد انتقال موضوع الهبة إليه، ومن ثمّ فإنّ الواهبة المذكورة لا تملك وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية حقّ الرجوع عن تلك الهبة بعد وفاة الموهوب له، وبالتالي فإنّها تكون قد وهبت بموجب عقد الهبة المُحرّر في 13 نوفمبر 1995 شيئا لم تعد تملكه، وعليه فإنّ قضاة المجلس بقضائهم بالمصادقة على الحكم المستأنف القاضي بإبطال عقد الهبة المُحرّر في 13 نوفمبر 1995 على هذا الأساس، فإنّهم قد طبّقوا القانون تطبيقا سليما ولم يُخالفوا أية قاعدة جوهرية في الإجراءات وسبّبوا قرارهم بما فيه الكفاية وبَنَوْه على أساس قانوني سليم، الأمر الذي يجعل معه الأوجه المثارة غير مؤسّسة، ويتعيّن عدم الاعتداد بها ورفض الطعن نتيجة لذلك..."⁽²⁾.

فبموت الموهوب له ينتقل الشيء الموهوب إلى ورثته ولا يمكن للوالد الواهب بأي حال أن يسترجع الشيء الموهوب منهم، وهو ما شمله قرار المحكمة العليا بنصّه على: "حيث ثبت من ملف الطعن بالنقض الحالي، أنّ الموهوب له(ق.ح) قد توفي بتاريخ 05-04-2008، في حين أنّ عقد الرجوع عن تلك الهبة من طرف الواهبة السيّدة(ز.ذ) لم يحرّر إلّا بتاريخ 01-07-2008، وذلك بعد وفاة الموهوب له. وحيث أنّ الشيء الموهوب كان قد انتقل بعد وفاة الموهوب له بتاريخ 05-04-2008 إلى ورثته، ومن ثمّ لا يجوز لوالدته الواهبة الرجوع عن الهبة المتعلقة به وانتزاعه منهم، وذلك لثبوت حقّهم فيه بالميراث، ولكون حقّهم فيه أصبح أقوى من حقّها في الرجوع عنه..."⁽³⁾.

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 16/09/2010- ملف رقم 577191 - (المجلة القضائية لسنة 2010. العدد الثاني. ص 283).

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والمواريث- قرار صادر بتاريخ 10/03/2011- ملف رقم 613091- (المجلة القضائية لسنة 2011. العدد الثاني. ص 281).

(3) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والمواريث- قرار صادر بتاريخ 14/06/2012- ملف رقم 692316- (المجلة القضائية لسنة 2012. العدد الثاني. ص 263 و 264).

كما أشار المشرع التونسي إلى موانع الرجوع في الهبة من خلال الفصل 213 من المجلة، لا سيما إذا حصل للشيء الموهوب زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته، أو فوّت الموهوب له في الشيء الموهوب، أمّا إذا اقتصر التّفويت على بعض الموهوب جاز للواهب الرجوع في الباقي، أو في صورة هلاك الشيء الموهوب في يد الموهوب بفعله أو بسبب أجنبي لا يد له فيه أو بسبب الاستعمال، فإن لم يهلك إلاّ جزء منه أمكن الرجوع في الباقي، فضلا على أنّ الرجوع في الهبة بسبب الجحود يسقط بمرور سنة من يوم حصول الجحود، أو من اليوم الذي من شأنه أن يحصل العلم بالجحود، وفي الحالتين يسقط حق الرجوع بعد انقضاء عشرة أعوام من يوم حصول الجحود⁽¹⁾.

3- آثار الرجوع في الهبة.

يترتب على الرجوع في الهبة البطلان، واعتبارها كأن لم تكن، ولم يعالج المشرع الجزائري هذه الجزئية، وقد يكون السبب في ذلك هو المنع من الرجوع في الهبة، باستثناء رجوع الأبوين تجاه ولدهما، فلم يتعرض المشرع لهذه الفكرة بنصّ خاص سواء كان ذلك بالتراضي أو التقاضي فيما يخص المتعاقدين أو الغير.

فالرجوع في الهبة من قبل الوالدين يكون أمام القضاء، وفقا لما جاء في قرار المحكمة العليا التالي: "حيث جاء في القرار المنتقد بأنّ فسخ عقد الهبة لا يكون من جانب واحد وأنّ الرجوع في الهبة لا يكون إلاّ أمام القضاء مع أنّ المادة 211 من قانون الأسرة لا يشترط ذلك. حيث كان على قضاة الموضوع أن يتحققوا من الدوافع الحقيقية التي أدّت بالمرحومة (م م) في التراجع عن الهبة التي حرّرتها لفائدة ابنتها المطعون ضدها هل كان بسبب تعرضها للضرب من طرف ابنتها وكذلك التحقق من الدوافع التي أدّت بالمطعون ضدها إلى تحرير هبة جديدة لابنتها هي أيضا هل كان ذلك بقصد تهريب الشيء الموهوب لها وعليه فالوجه مؤسّس، الأمر الذي يتعيّن معه نقض القرار المطعون فيه وإحالة ودون الحاجة إلى مناقشة الوجه الثاني"⁽²⁾.

غير أنّ هذا القرار يناقض قرارا آخر للمحكمة العليا في تشكيلتها بالغرف مجتمعة، والذي جعل إمكانية الرجوع عن الهبة بواسطة العقد التوثيق، ويمكن للولد عندها أن يلتجئ للقضاء طالبا بإبطال عقد الرجوع، فنصّ هذا القرار على: "وحيث في الأخير يبقى القول، أنّه عند رجوع الأبوين في الهبة لولدهما دون اللجوء إلى القضاء، فإنّ ذلك لا يمنع الموهوب له حال قيام أحد الموانع المذكورة وعلى سبيل الحصر بالمادة المشار إليها سابقا من ممارسة حقه في رفع دعوى قضائية لطلب إبطال عقد الرجوع. وحيث أنّ قضاة الموضوع لمّا حكموا بإلغاء الحكم الصادر في 14 أكتوبر 2002 القاضي بإلغاء عقد البيع المؤرخ في 23-05-1998 ومن جديد برفض

(1) أحمد نصر الجندي. الأحوال الشخصية في القانون التونسي. ص 266.

(2) المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 30/09/1998 - ملف رقم 269391 - (المجلة القضائية لسنة 2001. عدد خاص. ص 275).

الدَّعوى اعتمادا على أنَّ رجوع الواهب في الهبة لولده لا يكون إلّا عن طريق الدَّعوى القضائية، فإنَّهم أسأؤوا فهم المادة 211 من قانون الأسرة وأخطأوا بالتّالي في تطبيقها معرّضين بذلك قرارهم للنّقض والإبطال..."⁽¹⁾.

إنَّ أهمَّ أثر يترتّب على الرّجوع في الهبة هو أن يُرجع الولد الشّيء الموهوب عقّارا كان أو منقولا بطريقة جبريّة، بدون حكم القاضي، والسّبب في أنّ أثر الرّجوع بين المتعاقدين أو الغير لا يكون في التّشريع الجزائري على اعتبار أنّ الولد الموهوب له بتصرّفه في الموهوب يكون قد منع أباه الاعتصام في الهبة، وفي صورة ما امتنع الولد أو ولد الولد عن إرجاع الأموال الموهوبة إلى الأب أو الأم، فيتمّ الالتجاء للقضاء لجبره على إعادة الأموال وفقا للإجراءات العامّة السّارية⁽²⁾.

فيجب ردّ العين الموهوبة من الموهوب له إلى الواهب ورجوع الطّرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التّعاقد، ويترتّب على هلاك الموهوب أنّه إذا هلك الموهوب بعد الرّجوع في الهبة بفعل الموهوب له وجب عليه تعويض الواهب لأنّه ضامن لهذا الهلاك، أمّا إذا كان الهلاك بسبب أجنبي فيكون الهلاك على الواهب مالم يكن قد أعذر الموهوب له بالتّسليم.

أمّا بخصوص الثّمار فلا يستردّها الواهب إلّا من يوم الاتّفاق على الرّجوع في الهبة، أو من تاريخ رفع دعوى الرّجوع، أمّا ما جناه الموهوب له قبل ممارسة حقّ الرّجوع فليس من حقّ الواهب.

كما أنّ المصاريف المتعلّقة بالهبة تكون محلّ اعتبار بعد الرّجوع في الهبة، لاسيما المصاريف الضّرورية التي أنفقت في سبيل الحفاظ على الشّيء الموهوب ويستطيع الموهوب له مطالبة الواهب بها، فضلا على المصاريف التّافعة المُنفقة من قبل الموهوب له بغية الزيادة في قيمة أو منفعة الموهوب، ويرجع فيها الموهوب له على الواهب بأقلّ القيمتين: المصروفات التي أنفقها أو ما زاد في قيمة الشّيء الموهوب بسبب هذه المصروفات، غير أنّ المصاريف الكماليّة والتي تكبّدها الموهوب له من أجل تجميل وزخرفة الشّيء الموهوب يتحمّلها الموهوب له، وله أن ينزع ما استحدثه في الشّيء الموهوب على أن يعيده إلى حالته الأولى مالم يختار الواهب الإبقاء عليها ودفع قيمتها⁽³⁾.

ولا يمكن للواهب أن يرجع في هبته إن مات الموهوب له، لاسيما إذا كانت الهبة بين الوالد وابنه وفقا لقرار المحكمة العليا الذي نصّ على: "لا يملك الواهب وفقا الشّريعة الإسلاميّة، حقّ الرّجوع عن الهبة، بعد وفاة ولده، الموهوب له...."⁽⁴⁾.

(1) المحكمة العليا - الغرفة المجتمعة - قرار صادر بتاريخ 2009/02/23 - ملف رقم 444499 - (المجلة القضائية لسنة 2009. العدد الأول. ص 109...111).

(2) محمد بن أحمد تقيّة. دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشّريعة الإسلاميّة والقانون المقارن. ص 297.

(3) حمدي باشا عمر. عقود التبرّعات الهبة - الوصيّة - الوقف. ص 38 و 39.

(4) المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 2011/03/10 - ملف رقم 613091 - (المجلة القضائية لسنة 2011. العدد الثاني. ص 278).

فضلا على أنه لا يمكن لورثة الواهب بعد وفاته التمسك بإبطالها وفقا للقرارالتالي: "لا حق للورثة، بعد وفاة الواهب، أثناء سير دعواه الرامية إلى إبطال الهبة، في إعادة السير بالقضية والتمسك بإبطال عقد الهبة الصّادر من الواهب، لأنّ حقّ الرجوع في الهبة مقرّر للأبوين فقط"⁽¹⁾.

وليس للرجوع عن الهبة سواء كان ذلك بطريقة اتفاقية أو قضائية أي أثر رجعي بالنسبة للغير، إنّما ينبغي حماية الغير حسن النية في صورة ما تصرف الموهوب له في العين عن طريق نقل الملكية للغير، من بيع أو هبة أو وقف، أو رتب عليه حقا عينيا كرهن أو حق ارتفاق؛ فإذا تصرف في الموهوب بتصرف ناقل للملكية قبل الرجوع في الهبة امتنع عليه الرجوع وكانت الهبة لازمة، أما إذ تصرف بعد رفع دعوى الرجوع في الهبة وكان الشيء الموهوب عقارا، فحق الرجوع من قبل الواهب بطريق التقاضي يتطلب شهرا مسبقا للدعوى، من أجل إعلام الغير بأنّ العقار الموهوب محل نزاع، لأنّ الهدف من شهر الدعوى في المحافظة العقارية هو الحفاظ على حق الواهب في حال صدور حكم لصالحه بتثبيت حقه في الرجوع، وأنّ شهرالدعوى العقارية لا يترتب عليه منع الموهوب له من التصرف في العقار الموهوب.

أما إذا رتب الموهوب له حقا عينيا وكان ذلك قبل شهر الدعوى المتضمنة طلب الرجوع في الهبة، فالواهب له يستردّ العقار مُنفلا بالحقّ العيني المترتب للغير، وفي صورة ما تمّ ترتيب الحقّ العيني بعد شهرالدعوى، فحقّ الغير في هذه الحالة لا يسري في مواجهة الواهب الذي يستردّ عقاره خاليا من كلّ حق للغير، الذي يمكنه الرجوع على الموهوب له بالتعويض⁽²⁾.

فبثبوت الهبة تنتقل الملكية، ولا يمكن لأصحاب المصلحة بما في ذلك الورثة المطالبة باسترداد الهبة، وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا من خلال قرارها الذي نصّ على: "ليس من حقّ ورثة الواهب استرجاع قطعة أرض وهبها مورّثهم للبلدية لبناء مدرسة حتى وإن لم تشغل لما وهبت من أجله، لأنّ القطعة أصبحت بعد إبرام عقد الهبة ملكا للبلدية"⁽³⁾.

ويمكن رفع الدعوى المتعلقة بالهبة ولاسيما تلك المنصبة على عقار أمام القسم العقاري المختص نوعيا، وفقا للفقرة السابعة من المادة 512 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصّها على: "ينظرالقسم العقاري على الخصوص في القضايا الآتية:../7 في الهبات والوصايا المتعلقة بالعقارات".

بينما حدّدت المادة 519 الاختصاص الإقليمي لمثل هذه الدعاوى وجعله يكون أمام المحكمة التي يقع العقار في دائرة اختصاصها بنصّها على: "يؤول الاختصاص الإقليمي إلى المحكمة التي يوجد العقار في دائرة اختصاصها، مالم ينصّ القانون على خلاف ذلك".

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 2006/06/14- ملف رقم 367996- (المجلة القضائية لسنة 2007. العدد الأول. ص 479).

(2) حمدي باشا عمر. عقود التبرعات الهبة - الوصية- الوقف. ص 41 و 42.

(3) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1997/01/19- ملف رقم 116191- (النشرة القضائية لسنة 1999. العدد 56. ص74).

الفرع الثاني: تقييد الوقف.

يُعدّ الوقف من التّصرّفات التي عالجها الشّرع والقانون، ذلك أنّه وسيلة للتّبرّع لأوجه الخير ذات طبيعة دينيّة، بطريقة نوعيّة تختلف عن الوصيّة والهبة، ويمكن للأقارب تقييده وفق ضوابط معيّنة، ولذلك سيتمّ التعرّيج على أهمّ تفاصيل ذلك وفقا لما يلي:

أولا: تعريف الوقف.

ينبغي التّمييز للوقف عبر التّعرّض لمعناه من النّاحية اللّغويّة والاصطلاحيّة.

1- تعريف الوقف في اللّغة.

الوقف وهو اسم مفعول من الفعل وَقَفَ بمعنى حبس ومنع، بالفرنسية (Mainmorte)⁽¹⁾ وفي الانجليزية (Mortmain)⁽²⁾، يقال وقف دارا بمعنى حبسها في سبيل الله وعلى فلان أي له، والموقوف يقصد به العين المحبوسة إمّا على ملك الواقف وإمّا على ملك الله تعالى⁽³⁾، والحبس هو المنع، وكلّ شيء وقفه صاحبه من نخل أو كرم أو غيرها يُحبّس أصله، وتُسبّل غلّته، والحبس من الخيل: الموقوف في سبيل الله⁽⁴⁾، وَوَقَفْتُ الدَّارَ وَقَفًّا حَبَسْتُهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَشَيْءٌ مُّوقُوفٌ وَوَقَفْتُ أَيْضًا تَسْمِيَةً بِالمَصْدَرِ، وَالجَمْعُ أَوْقَافٌ، وَوَقَفْتُ الرَّجُلَ عَنِ الشَّيْءِ وَقَفًّا مَنَعْتُهُ عَنْهُ، وَأَوْقَفْتُ عَنِ الْكَلَامِ أَقْلَعْتُ عَنْهُ⁽⁵⁾.

من خلال المعنى اللّغوي للوقف يظهر أنّه ينصرف إلى المنع والحبس.

2- تعريف الوقف في الاصطلاح.

لقد وردت العديد من التّعاريف بشأن الوقف من النّاحية الاصطلاحية، فلقد عرّفه أبو حنيفة على أنّه "حبس العين على ملك الواقف فلا يزول عنه ملكه لكن لا يباع ولا يورث ولا يوهب"⁽⁶⁾، وعلى هذا فإنّه وبحسب رأي أبي حنيفة فإنّ الموقوف لا يزيل ملكيّة الواقف وبالتالي إمكانيّة الرجوع فيه. وعرّف المالكية الوقف على أنّه: "جعل منفعة مملوك ولو كان بأجرة أو غلّته لمستحقّ بصيغة مدّة ما يراه المُحبّس"⁽⁷⁾، أي جعل من يملك منفعة الشيء المملوك له لذاته، على أن يكون بأجرة أو من خلال الغلّة بموجب صيغة معيّنة ولا يشترط في الوقف أن يكون مؤبّدا.

(1) عبد الواحد كرم. معجم مصطلحات الشريعة والقانون (عربي- فرنسي- إنجليزي). ص 443.

(2) محمد رواس قلعة جي؛ حامد صادق قنبي. معجم لغة الفقهاء. ص 509.

(3) إبراهيم مصطفى وآخرون. المعجم الوسيط. ص 1051.

(4) الفيروز أبادي. القاموس المحيط. ص 321.

(5) الفيومي. المصباح المنير. ص 256.

(6) ابن عابدين. حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبوحنيفة. ج 4 ص 339.

(7) التّردير. الشّرح الصغير. ج 4 ص 98.

وعرّفه الشافعية على أنّه حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح موجود ويجمع على وقوف وأوقاف⁽¹⁾، أي أن الوقف يمكن من الانتفاع مع بقاء العين، على أن يكون في الأوجه المباحة شرعا.

وقد عرّف الحنابلة الوقف بأنّه تحبّيس الأصل وتسبيل المنفعة⁽²⁾، أي وقف العين عن التملك، والاستفادة من المنافع الناشئة عن العين.

أما المشرّع الجزائري فقد عرّف الوقف في نطاق قانون الأسرة بموجب المادة 213 التي نصّت على: "الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصدّق".

كما وعرّفه في إطار القانون المتعلّق بالوقف من خلال المادة الثالثة التي نصّت على: "الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد والتصدّق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البرّ أو الخير"⁽³⁾، كما أنّ المادة الرابعة من نفس القانون أدرجت الوقف في إطار التبرّعات الواردة بإرادة منفردة فنصّت على: "الوقف عقد التزام تبرّع صادر عن إرادة منفردة"، والملاحظ على استعمال هذا الوصف أنّه لا يفي بالغرض المرجو من الوقف، لأنّ اعتباره عقداً فذلك يستوجب توافر إرادتين بين الواقف والموقوف عليه، أي جعل الوقف عقداً كما البيع والهبة، والأصحّ هو اعتبار الوقف تصرفاً بالإرادة المنفردة للواقف أي يصدر الإيجاب منه ويكون القبول من الموقوف عليه لتثبيت الوقف في ذمّته⁽⁴⁾.

ثانياً: مشروعية الوقف.

يعتبر الوقف مشروعاً من الكتاب والسنة والقانون وذلك وفقاً لما يلي:

1- مشروعية الوقف من القرآن الكريم.

يمكن التّدليل على مشروعية الوقف من القرآن الكريم لقوله تعالى: ﴿لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ اللَّهَ بِهِ عَلِيمٌ﴾⁽⁵⁾، فهذا هو المشروع عندنا، وهو الإنفاق في طاعة الله مما يحبه يحبّه العبد ويشتهيه⁽⁶⁾، ويعدّ الوقف إحدى سبل الإنفاق بالمعروف، ولذلك كان حريّاً بأن يؤدّى.

(1) الشربيني. مغني المحتاج. ج 2 ص 376.

(2) ابن قدامة المقدسي. الشرح الكبير على متن المقنع. ج 6 ص 206.

(3) القانون رقم (91-10) المتعلّق بالأوقاف المعدّل والمتمّم الصّادر في 27 أبريل 1991 (الجريدة الرسمية، رقم 21 الصادرة بتاريخ 08 مايو 1991)، ص 690.

(4) حمدي باشا عمر. عقود التبرّعات الهبة - الوصيّة - الوقف. ص 83.

(5) سورة آل عمران . الآية 92.

(6) ابن كثير. تفسير القرآن العظيم. ج 2 ص 76.

ويمكن أيضا الاستدلال على مدى مشروعيته بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَنْفِقُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا كَسَبْتُمْ وَمِمَّا أَخْرَجْنَا لَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ...﴾⁽¹⁾، أي زكّوا وتصدقوا⁽²⁾، فالزكاة تعتبر واجبة على كلّ من توقّرت فيه شروطها، بينما الصدقة تعدّ تطوّعا باختلاف أوجهها العديدة والتي يمكن اعتبار الوقف أحدها.

فالايتان جاءتا في عموم الإنفاق في سبيل الله والوقف إحدى هذه الأوجه، التي يبتغي بها المنفق الثواب.

2- مشروعية الوقف من السنّة النبوية.

جاء النص على الوقف في السنّة النبوية من خلال الحديث المروي عن ابن عمر: أَنَّ عُمَرَ أَصَابَ أَرْضًا مِنْ أَرْضِ حَيْبَرَ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ أَصَبْتُ أَرْضًا بِحَيْبَرَ لَمْ أَصِبْ مَالًا قَطُّ أَنْفَسَ عِنْدِي مِنْهُ فَمَا تَأْمُرُنِي؟ فَقَالَ ﷺ: إِنْ شِئْتَ حَبَسْتَ أَصْلَهَا وَتَصَدَّقْتَ بِهَا، فَتَصَدَّقَ بِهَا عُمَرُ عَلَى أَنْ لَا تُبَاعَ وَلَا تُوهَبَ وَلَا تُورَثَ، فِي الْفُقَرَاءِ وَذَوِي الْقُرْبَى وَالرِّقَابِ وَالضَّيْفِ وَابْنِ السَّبِيلِ، لَا جُنَاحَ عَلَى مَنْ وَلِمَهَا أَنْ يَأْكُلَ مِنْهَا بِالْمَعْرُوفِ، وَيُطْعِمَ غَيْرَ مُتَمَوِّلٍ وَفِي لَفْظٍ: غَيْرَ مُتَأَثِّلٍ مَالًا⁽³⁾.

فمن الناحية الشرعية يُعتبر الوقف مندوبا عند الجمهور⁽⁴⁾ غير الحنفية، ويرى بصحة الوقف أكثر أهل العلم من السلف، حيث يعدّ الوقف من خصائص الإسلام، فوقف عمر مئة سهم من خير أول وقف في الإسلام على المشهور، وبالرغم من قلة أحكام الوقف الثابتة بالسنّة، غير أنّ أحكامه ثابتة على الاستحسان والاستصلاح والعرف⁽⁵⁾.

بينما رأى الحنفية أنّ الوقف مُباح وهو جائز من الكافر، وقد يكون واجبا بالنذر فيصدق بالعين أو بثمانها، ولو وقفها على الأصول أو الفروع جاز ذلك، ولا يسقط به النذر، على اعتبار أنّ الصدقة الواجبة لا بدّ أن تُخلص لله تعالى، فإن كانت كفارة أو زكاة عُدت صدقة وبقيت في ذمته⁽⁶⁾.

3- مشروعية الوقف من التشريع.

اقتدى المشرّع الجزائري بالشرع وجعل الوقف نظاما ماليا ذا أهميّة في نطاق الحياة المالية للأفراد، وأفرد له نصوصا خاصّة في نطاق قانون الأسرة، ولا سيما الفصل الثالث من الباب الرابع، ويمكن الاستدلال على مدى مشروعيته من خلال المادة 213 التي تعرّضت لتعريف الوقف، فضلا عن المادة 218 التي أشارت

(1) سورة البقرة. الآية 267.

(2) الطبري . جامع البيان في تأويل القرآن . ج 5 ص 555.

(3) رواه الجماعة (أنظر: الشوكاني. نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار. كتاب الوقف. الحديث رقم 2505 . ج 6 ص 20).

(4) الدردير. الشرح الصغير. ج 4 ص 97؛ ابن قدامة. المغني . ج 6 ص 206؛ الشريبي. مغني المحتاج. ج 2 ص 376.

(5) وهبة الزحيلي . الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 293.

(6) ابن عابدين . حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة . ج 4 ص 339 و 342.

إلى فكرة الاشتراط في الوقف وضرورة مراعاة الشرع بنصّها على: "يُنَفَّذ شرط الواقف مالم يتناف ومقتضيات الوقف، شرعا وإلاّ بطل الشرط وبقي الوقف".

كما جعل المشرّع من الشريعة الإسلامية مرجعا في صورة عدم وجود نصّ صريح في قانون الأوقاف، وذلك بموجب المادة الثانية من قانون الأوقاف التي نصّت على: "على غرار كلّ مواد هذا القانون، يُرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في غير المنصوص عليه".

ثالثا: أنواع الوقف.

تضمّن القانون المتعلّق بالأوقاف (91-10) أنواع الوقف من خلال المادة السادسة التي قسّمه بموجها إلى وقف عام وخاص، وهو ما سيتمّ التطرّق إليه كما يلي:

1- الوقف العام.

وردت العديد من التعريفات الخاصّة بالوقف العام وهو ما يعرف أيضا بالوقف الخيري من أهمّها: "ما جُعِل ابتداء على جهة من جهات البرّ ولو لمُدّة معيّنة يكون بعدها على شخص أو أشخاص معيّنين"⁽¹⁾، فمن خلال التعريف التّركيز على الجهات الخيرية، فإذا وقف شخص بيته حتى ينفق من غلّتها على الفقراء أو على جهة خيرية كالمستشفيات بصفة مؤبّدة كان الوقف خيريا، أو يجعل الوقف على جهة الخير مدّة معيّنة ثمّ على أشخاص معيّنين.

وعرّف الوقف العام أيضا على أنّه: "الذي يوقف في أول الأمر على جهة خيرية، ولو لمُدّة معيّنة، يكون بعدها وقفاً على شخص معيّن أو أشخاص معيّنين. كأن يقف أرضه على مستشفى أو مدرسة، ثم من بعد ذلك على نفسه وأولاده"⁽²⁾، فمن خلال هذا التعريف أيضا يظهر أنّ الوقف الخيري ينصبّ على جهة خيرية مدّة مؤبّدة أو معيّنة ثم على النفس أو على الغير.

وعرّف المشرّع الجزائري الوقف العام من خلال المادة الثالثة من القانون (02-10) المعدّل والمتمّم⁽³⁾ للقانون المتعلّق بالأوقاف التي نصّت على: "الوقف العام هو ما حُبس على جهات خيرية من وقت إنشائه، ويخصّص ريعه للمساهمة في سبل الخيرات..."، من خلال هذا التعريف فإنّ الوقف العام هو ما تمّ حبس رقبته على التملّك ورصد ريعه في سبيل أوجه الخير المتعدّدة، وإن كان المشرّع لم يتضمّن في هذا النّطاق التّفصيل الوارد في التعاريف السّابقة من إمكانية جعل الوقف لجهة خيرية بصفة مؤبّدة أو لمُدّة معيّنة وبعدها إلى أشخاص معيّنين.

(1) محمد مصطفى شلبي. أحكام الوصايا والأوقاف. الدار الجامعيّة للطباعة والنّشر، ط4، بيروت، لبنان، 1998. ص 318.

(2) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلّته. ج 10 ص 297.

(3) القانون رقم (02-10) المعدّل والمتمّم للقانون المتعلّق بالأوقاف الصّادر في 14 ديسمبر 2002 (الجريدة الرسمية، رقم 83 الصادرة بتاريخ 15 ديسمبر 2002) ص 4.

كما أنّ نفس المادة قد قسّمت الوقف العام إلى قسمين من حيث تحديد المصرف الذي يؤول إليه ريع الوقف العام أو عدم تحديده، فنصّت على: "...وهو قسمان:- وقف يحدّد فيه مصرف معيّن لريعه فيسوّى وقفا عامّا مُحدّد الجهة، ولا يصحّ صرفه على غيره من وجوه الخير إلّا إذا استنفذ.

- وقف لا يعرف فيه وجه الخير الذي أراده الواقف فيسوّى وقفا عامّا غير محدّد الجهة، ويُصرف ريعه في نشر العلم وتشجيع البحث فيه وفي سُبُل الخيرات".

وحدّدت المادة الثامنة من قانون المتعلّق بالأوقاف قائمة الأوقاف العامّة كما يلي: الأوقاف العامّة المصنونة هي: 1- الأماكن التي تُقام فيها الشّعائر الدّينية، 2- العقارات أو المنقولات التابعة لهذه الأماكن، سواء كانت متّصلة بها أم كانت بعيدة عنها، 3- الأموال والعقارات والمنقولات الموقوفة على الجمعيات والمؤسسات والمشاريع الدّينية، 4- الأملاك العقارية المعلومة وقفا والمُسجّلة لدى المحاكم، 5- الأملاك التي تظهر تدريجيا بناء على وثائق رسمية أو شهادات أشخاص عدول من الأهالي وسكان المنطقة التي يقع فيها العقار، 6- الأوقاف الثّابتة بعقود شرعيّة وضُمّت إلى أملاك الدّولة أو الأشخاص الطّبيعيين أو المعنويين، 7- الأوقاف الخاصّة التي لم تُعرف الجهة المُحبس عليها، 8- كلّ الأملاك التي آلت إلى الأوقاف العامة ولم يُعرف واقفها ولا الموقوف عليها ومُتعارف عليها أنّها وقف، 9- الأملاك والعقارات والمنقولات الموقوفة أو المعلومة وقفا والموجودة خارج الوطن..."

إنّ هذا التّعداد جاء على سبيل المثال وليس الحصر وذلك لأنّ الأملاك الوقفيّة العامّة خاصّة خلال الفترة الاستعماريّة، حيث كان الوقف حيلة قانونيّة تُستعمل من قِبَل الأهالي خوفا من الإستيلاء عليها أو الحجز عليها من المستعمر.

كما أنّ المشرّع ضبط التّنازل في الوقف العام لجهة من نوع الخير الموقوف عليها أصلا بعد الموافقة الصّريحة للسلطة المكلفة بالأوقاف وفقا للمادة 20 من القانون المتعلّق بالأوقاف.

2- الوقف الخاص.

الوقف الخاصّ هو ما جُعِل أول الأمر على معيّن سواء كان واحدا أو أكثر، سواء كانوا معيّنين بالذّات أو بالوصف أقاربا كانوا أو غير ذلك، ثمّ من بعد هؤلاء المعيّنين جهة برّ، فواضح من خلال التّعريف أنّ الوقف الخاص يكون بالدّرجة الأولى على أشخاص معيّنين ثمّ ينصرف لجهة خير.

ويعرف الوقف الخاصّ أيضا بالوقف الأهلي أو الذّرّي على أنّه: "الذي يوقف في ابتداء الأمر على نفس الواقف أو أي شخص أو أشخاص معيّنين، ولو جعل آخره لجهة خيرية، كأن يقف على نفسه، ثم على أولاده، ثم من بعدهم على جهة خيرية"⁽¹⁾، فالوقف الخاص ينصبّ أولا على النّفس أو أشخاص آخرين ثمّ على جهة خيريّة.

(1) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 297.

وأشار المشرع الجزائري الذي عدّل المادة التي كانت تتضمن تعريف الوقف الخاص الذي ألغى وجوده من خلال المادة الثالثة من القانون 10-02 التي عدّلت المادة السادسة من القانون 10/91 المتضمن قانون الأوقاف، فنصّ على خضوع الوقف الخاص للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، وفقا للمادة الأولى من القانون 10-02 المعدّل والمتّم لقانون الأوقاف.

رابعاً: حماية الحقوق من خلال ما يُشترط في الواقف.

يمكن تقييد الوقف بعدّة ضوابط تكون ضامناً للغير من أجل صون أموالهم، التي قد تكون محلّ وقف من قبل الواقف، والذي قد يتعسّف فيها مُضِرّاً بالأقارب والدّائنين، ولذلك ينبغي توافر بعض الشّروط في الواقف منها:

1- أن لا يكون الواقف محجوراً عليه.

إذا كان وقف المدين قبل الحجر عليه فوقفه صحيح، أمّا إذا كان وقفه بعد توقيع الحجر عليه فإن كان دينه مستغرقاً لكلّ ما له ووقف هذا المال الذي حجر عليه كان الوقف موقوفاً على إجازة الدّائنين، فإن لم يُجيزوه بطل الوقف؛ أمّا إذا كان الدّين غير مستغرق لكلّ ما له ووقف ما زاد على ما يفي بدينه فالوقف صحيح، وفقاً للمادة 29 من القانون المتعلّق بالأوقاف نصّها على: "لا يصحّ الوقف شرعاً إذا كان معلّقاً على شرط، يتعارض مع النّصوص الشّرعية، فإذا وقع بطل الشّروط وصحّ الوقف"، وعلى هذا الأساس فإنّ المال محلّ الوقف ينبغي أن يكون خالياً من كلّ ما من شأنه أن يكون عائقاً في انعقاده، ويجوز جعل حصّة المنتفع ضماناً للدّائنين في المنفعة فقط أو الثّمن الذي يعود عليه، وفقاً للمادة 21 من قانون الأوقاف التي نصّت على: "يجوز جعل حصّة المنتفع ضماناً للدّائن في المنفعة فقط وفي الثّمن الذي يعود إليه".

فاشترط أن لا يكون الواقف محجوراً عليه يُعدّ ضماناً حقيقياً للدّائنين والذين قد يكونون من الأقارب، بغية الحفاظ على أموالهم التي هي في ذمّة الواقف، والذي قد يعتمد إلى العبث بها ووقفها تعسّفاً منه وحرماناً لهم من استردادها.

فيقتضي الوقف أن يكون الواقف أهلاً للتبرّع، وأن يتمّ تقديم الدّليل في حالة الادّعاء ببطلانه، وهو ما ذهب إليه قرار المحكمة العليا الذي نصّ على: "الحبس من عقود التبرّع التي يستفيد فيها المحبس له من حقّ الانتفاع ويمكن أن يتمّ لجميع الورثة أو لبعض منهم. وعليه فالتمسك ببطلانه بحجّة عدم أهلية المحبس وقت إعداد عقد الحبس دون تقديم أي دليل على عدم الأهلية يجعل الدّفع ببطلانه غير مؤسّس"⁽¹⁾.

(1) المحكمة العليا- الغرفة العقارية - قرار صادر بتاريخ 2000/05/31- ملف رقم 195280 - عدد خاص. ج1. ص 138.

2- أن لا يكون الواقف مريضا مرض الموت.

لا ينبغي في الشخص الواقف أن يكون مريضا مرض الموت، وفقا لما جاءت به المادة 32 من القانون المتعلق بالأوقاف التي نصّت على: "يحقّ للدائنين طلب إبطال وقف الواقف في مرض الموت وكان الدّين يستغرق جميع أملاكه"، ومن خلال فحصها يمكن التّمييز بين أمرين:

أ- إذا مات الواقف وكان الدّين يستغرق كلّ ماله ولم يبرئه الدّائنون فالوقف في هذه الحالة باطل.

ب- في صورة إجازة الورثة فوقفه يصحّ سواء كان محجورا عليه أو غير ذلك، وإذا كان الدّين غير مستغرق فالوقف صحيح⁽¹⁾.

فإذا أنجز المريض مرض الموت وقفا وهو مدين، فلا بدّ من التّمييز بين قيمة الدّين، فإذا كان الدّين يستغرق ماله كلّ فوقفه يتوقّف على إجازة الدّائنين وقت إنشاء الوقف، إذا كان محجورا عليه، أو من بعد وفاته إذا لم يكن محجورا.

أمّا إذا لم يستغرق الدّين كلّ ماله، فإنّه يجوز وقفه في كلّ ما لا يتوقّف به الدّين، وما زاد عنه يتطلّب إجازة الدّائنين له لتعلّق جزء من حقّهم من الوقف يعادل دينهم.

ولقد تضمّن قانون الأسرة فكرة وقف المريض مرض الموت بموجب المادة 215 التي أحالت إلى المادة 204 والتي تجعل من الهبة في مرض الموت وصيّة، فقياسا على ذلك الوقف أيضا.

كما أنّ المريض مرض الموت قد لا يكون مدينا ويُنشئ وقفا على أجنبي، فإذا كان له ورثة فالوقف ينفذ في إطار ثلث التّركة ويأخذ منى الوصيّة، وما زاد عنه ينفذ في حياته، لكنّه لا يلزم الورثة بعد موته لتعلّق حقّهم به، فإذا أجازوه سقط حقّهم فيه وإن لم يجيزوه لم ينفذ في حقّهم⁽²⁾.

وأكدت المحكمة العليا على ضرورة أن يكون الموقوف ملكا للواقف، وأن يكون الواقف أهلا للتبرّع وغير مريض مرض الموت، وهو ما نص عليه القرار التّالي: "من المقرّر شرعا وقانونا أنّه يشترط في الواقف أن يكون أهلا للتبرّع رشيدا لا مُكرها، ويشترط في المال المحبس أن يكون مملوكا للواقف معيّنا خاليا من التّزاع، ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ مخالفا لأحكام الشّريعة الإسلاميّة والقانون. ولما كان من الثّابت في قضيّة الحال- أنّ المحبس كان عمره 99 سنة مريضا بصيرا وأنّ قطعة من الأرض المحبسة ملك لشخص آخر، فإنّ قضاة المجلس الذين قضوا بتصحيح عقد الحبس خالفوا أحكام الوقف والقانون"⁽³⁾.

(1) عبد الرزاق بوضياف. إدارة أموال الوقف وسبل استثمارها في الفقه الإسلامي والقانون. دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010. ص 156.

(2) خالد رمول. الإطار القانوني والتنظيمي لأحكام الوقف في الجزائر. دارهومة للطباعة والنشر والتوزيع، بوزريعة، الجزائر، 2004. ص 75 و 76.

(3) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1988/11/21- ملف رقم 46546 - (المجلة القضائية لسنة 1991. العدد الثاني ص 60).

واعترفت المحكمة العليا الوقف في مرض الموت باطلا وتنطبق عليه أحكام الوصية، وهو ما شمله القرار الذي نصّ على: "من المقرّر قانوناً أنّه يبطل الحبس في مرض الموت ويعتبر وصية. ومتى كان ثابتاً- في قضية الحال- أنّ المحبس الذي أقام الحبس كان في حالة مرض خطير لازمه إلى يوم وفاته وعليه فإنّ القرار المُنْتَقَد لما قضى بإلغاء حكم المحكمة القاضي ببطلان الحبس والقضاء من جديد برفض الدّعى يكون قد أخطأ في تطبيق الشّريعة والقانون"⁽¹⁾.

كما أنّ الوقف إذا كان بسوء نية من أجل حرمان الورثة من الميراث يكون مآله البطلان، وفقاً لما ذهب إليه المحكمة العليا من خلال قرارها الذي نصّ على: "من المقرّر شرعاً أنّه يبطل الحبس عندما يُحرّر بسوء نية قصد حرمان أحد الورثة من الميراث. ومتى تبين- في قضية الحال- أنّ عقد الحبس لم يرق على أساس قانوني أو شرعي عندما حرم أحد الورثة الشرعيين من الاستفادة من الميراث (ابنه)، فإنّ قضاة المجلس عندما سبّبوا قرارهم على ضوء عقد الحبس الذي أقامه والد المدّعى عليها على أملاكه لزوجته وابنته فإنّهم عرضوا قرارهم للإبطال والنقض. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"⁽²⁾.

3- إمكانية تراجع الواقف في عن وقفه.

لم يُبيّن المشرّع كفاية فكرة الرجوع عن الوقف، بل جاء التطرّق لذلك من حيث إمكانية التراجع على الشّروط الذي يضعها الواقف، ثمّ يتراجع عليها من خلال المادة 15 من قانون الأوقاف التي نصّت على: "يجوز للواقف أن يتراجع عن بعض الشّروط الواردة في عقد الوقف إذا اشترط لنفسه ذلك حين انعقاد الوقف". كما أنّ المحكمة العليا نصّت من خلال قرار قضائي على عدم إمكانية التراجع عن الوقف باعتباره عقداً مؤبّداً حيث جاء في القرار: "لا يجوز التراجع على الوقف الصحيح، باعتباره صدقة مؤبّدة... فضلاً عن أنّ الأئمة الثلاثة أنّ الحبس متى وُجد مستوفياً لأركانه وشرائطه أصبح لازماً لا يجوز للواقف الرجوع فيه ولا لورثته من بعده ولو اشترط ذلك في عقد الحبس وبالتالي فإنّ قضاة المجلس بقضائهم بجواز رجوع المحبسة عن الحبس الذي أبرمته لفائدة الطّاعنة على وجه البرّ قد عرضوا قرارهم للنقض لانعدام الأساس القانوني ويكون بذلك الوجه سديداً"⁽³⁾.

ويُراعى دائماً إرادة الواقف في وقفه حتى على زوجته التي أقام لها وقفاً على أساس الزوجية، ولما طلقها يعتبر ذلك تراجعاً عن الوقف، وهو ما شمله قرار المحكمة العليا الذي نصّ على: "ولما تبين- من قضية الحال- أنّ قضاة المجلس لما قضوا بإلغاء الحكم المستأنف القاضي بإبطال الحبس والقضاء من جديد برفض دعوى

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1993/11/23- ملف رقم 96675 - (المجلة القضائية لسنة 2001. عدد خاص ص 302).

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1999/11/16- ملف رقم 230617 - (المجلة القضائية لسنة 2001. عدد خاص ص 311).

(3) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 2011/07/14- ملف رقم 692342 - (المجلة القضائية لسنة 2011. العدد الثاني ص 306).

إبطال الحبس بحجة أنّ طلاق المطعون ضدها (المحبس عليها من طرف زوجها) لا يحرمها من الحبس، فإنّهم أخطأوا في تطبيق القانون وخالفوا الشريعة لأنّ الزوج المتوفى أقام الحبس على زوجته من أجل أنّها زوجة له، ولم ينظر في هذا الحبس على أنّه لذات المحبس عليها وعليه فإنّ طلاقه لها يعتبر بمثابة تراجع عن هذا الحبس⁽¹⁾.

فضلا على أنّه يمكن للواقف التراجع عن بعض شروطه المُدرجة في العقد إذا اشترط لنفسه ذلك، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا من خلال القرار الذي نصّ على: "يجوز للواقف أن يتراجع عن بعض الشروط الواردة في عقد الوقف إذا اشترط لنفسه ذلك حين انعقاد العقد. وعليه، فإنّ القضاء بصحة التراجع في عقد الحبس والذي يعتبر نصف نهائيا مادام عقد الحبس لم يدرج فيه شرطا يسمح بالتراجع يعدّ خطأ في تطبيق القانون"⁽²⁾.

خامسا: حماية الحقوق من خلال ما يُشترط في الشيء الموقوف.

يمكن ضبط الوقف وحماية الحقوق من خلال بعض الشروط الواجب مراعاتها في الشيء الموقوف.

1- أن يكون المال الموقوف مُفرزا.

لقد أجاز المشرع الجزائري وقف المال المُشاع بموجب المادة 11 من القانون المتعلّق بالأوقاف، وأيضا ما تضمّنه قانون الأسرة، ولا سيما المادة 216 التي نصّت على ضرورة خلوّ الوقف من النزاع ولو كان مُشاعا، وفي المقابل اشترط المشرع قسمة المال المُشاع⁽³⁾، من خلال المادة 11 من القانون المتعلّق بالأوقاف في فقرتها الثانية بنصّها على: "...ويصحّ وقف المال المُشاع، وفي هذه الحالة تتعيّن القسمة". يتّضح بالمفهوم المُخالف أنّ المال إذا كان مُشاعا وغير قابل للقسمة فهو لا يمكن أن يكون محلا للوقف، ومثال ذلك سيارة أو محلّ تجاري⁽⁴⁾.

واعتبرت المحكمة العليا ملكيّة المال الموقوف للواقف شرطا جوهريا في انعقاد الوقف، فضلا عن كونه معيّنا، معلوما وخاليا من النزاع، وهو ما ترجمه القرار الذي نصّ على: "من المقرّر شرعا وقانونا أن يكون المال المحبس ملكا للواقف، وإلاّ لما جاز له أن يحبسه، وأن يكون معيّنا- غير مجهول- وخاليا من كلّ نزاع. ومن ثمّ فإنّ عقد الحبس الذي شمل مال المحبس مع مال أخيه- في قضيّة الحال- لا يكون باطلا إلاّ بالنسبة لأخ

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 19/05/1998- ملف رقم 189265- (المجلة القضائية لسنة 2000. العدد الأول ص 178).

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 31/01/2001- ملف رقم 204958- (المجلة القضائية لسنة 2001. عدد خاص. ج 1 ص 132).

(3) خالد رمول. الإطار القانوني والتنظيمي لأحكام الوقف في الجزائر. ص 79 و 80.

(4) حمدي باشا عمر. عقود التبرعات الهبة - الوصيّة - الوقف. ص 78.

المحبس المدعو(س) لكنّه صحيحا بالنسبة للمال المملوك له، وعليه فإنّ قضاة المجلس لم يسبّبوا قرارهما- المطعون فيهما- بشكل مقبول ممّا يستوجب نقضهما وإحالتهم مع الأطراف على نفس المجلس⁽¹⁾.

ويجب إثبات صفة المالك لدى الواقف حتى يسري الوقف، لأنّ تصرّف الواقف في الشيء الموقوف قبل الوقف يجعل من الوقف غير مشروع، وهو ما شملته المحكمة العليا بقرارها الذي نصّ على: "من المقرّر قانونا أنّه يشترط لصحة الحبس أن يكون المحبس مالكا. وحيث أنّه لما كان الثابت- في قضية الحال- أنّ المحبس الأصلي كان قد باع القطعة الأرضية محلّ الحبس فإنّ القضاء بعدم شرعية عقد الحبس يعدّ تطبيقا صحيحا للقانون"⁽²⁾.

2- عدم إقتران صيغة الوقف بشرط باطل.

الشّرط الباطل هو ما أخلّ بأصل الوقف أو بحكمه كمن يقول: وقفت أرضي على فلان مع احتفاظي بحقيّ في بيعها إذا أردت ذلك أو احتجت لها، فمثل هكذا شروط تضرّ بمحلّ الوقف، وقد تقتزن الصيغة بشروط فاسدة، وهي لا تخلّ بأصل الوقف ولا بحكمه لكنّها تعطلّ مصلحة الموقوف عليه في الانتفاع كأن يقول: وقفت داري على فلان شرط زواجه فيها، فهذا الشّرط فاسد فيصحّ الوقف ويبطل الشّرط⁽³⁾، وفيما يتعلّق بالمساجد فلا يتأثر الوقف بهذا الشّرط، فيصحّ الوقف ويلغى الشّرط⁽⁴⁾.

وأشار المشرّع الجزائري إلى احترام إرادة الواقف وضرورة إخضاع شروطه للشّرع، من خلال المادة 218 من قانون الأسرة بنصّها على: "يُنقذ شرط الواقف مالم يتناف ومقتضيات الوقف، شرعا وإلاّ بطل الشّرط وبقي الوقف".

وهو ما أشار إليه المشرّع كذلك في قانون الأوقاف من خلال نصّ المادة 14 بنصّها على: "اشتراطات الواقف التي يشترطها في وقفه هي التي تنظّم الوقف ما لم يرد في الشريعة نهي عنها".

فلا يمكن مخالفة شروط الواقف إلاّ لضرورة أو مصلحة راجحة، ويجوز للواقف التراجع عن بعض شروطه المدرجة في عقد الوقف، إذا اشترط لنفسه ذلك حين انعقاد العقد، ومثال ذلك اشتراطه الوقف بعد أبنائه إلى أحفاده ثمّ يستبدل أحفاده بإخوته، على أنّه يمكن للقاضي أن يلغي الشّرط الذي يشترطه الواقف في وقفه طالما كان منافيا لحكم الوقف، أو ضارّا بمحلّ الوقف، ويمكن للقاضي أن يلغي الشّرط الذي يضرّ بالموقوف عليه، وهو ما أشارت إليه المادة 16 من قانون الأوقاف بنصّها على: "يجوز للقاضي أن

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1993/09/28- ملف رقم 94323 - (المجلة القضائية لسنة 1994. العدد الثاني ص 76).

(2) المحكمة العليا- الغرفة العقارية - قرار صادر بتاريخ 2001/04/25- ملف رقم 198940 - عدد خاص. ج1 ص 151.

(3) خالد رمول. الإطار القانوني والتنظيمي لأحكام الوقف في الجزائر. ص 92 و 93.

(4) عبد الرزاق بوضياف. إدارة أموال الوقف وسبل استثمارها في الفقه الإسلامي والقانون. ص 167.

يلغي أي شرط من الشروط التي يشترطها الواقف في وقفه إذا كان منافيا لمقتضى حكم الوقف الذي هو اللزوم، أو ضارًا بمحل الوقف، أو بمصلحة الموقوف عليه".

فقد من يضع شرطًا لزوجته بعدم زواجها بعد وفاته نظير الوقف عليها، وأيضا الوقف على الذكور واستبعاد الإناث، فإذا قال الواقف وقفت على ولدي أو على أولادي كان القصد من ذلك أولاد الصّلب ذكورا وإناثا، وكذلك لو قال ولدي وولد ولدي، فالمقصود ينصرف إلى الذكور والإناث⁽¹⁾، ورأى المالكية أنّ الأمر في أولاد الأولاد ينصرف إلى الذكور دون الإناث⁽²⁾، بينما قال الحنابلة إذا كان الوقف على الأولاد وأولاد الأولاد، كان الأمر بالسوية بينهم، ومن المستحب أن تكون قسمة الوقف كما هو الحال للميراث، أي للذكر مثل حظّ الأنثيين⁽³⁾، وكذلك رأى الحنفية بإمكانية خصّ الذكور دون الإناث إذا دلّ الواقف من خلال منطوقه على ذلك⁽⁴⁾، ورأى الشافعية بالتسوية في أصل الإعطاء والمقدار بينهم الكلّ ذكورا وإناثا⁽⁵⁾.

وعالجت المحكمة العليا فكرة اشتراط الواقف من خلال قرارها، الذي استدلت على بعض الأوقاف التي تعتدّ بالمذهب الحنفي المُجيز لاستبعاد الإناث من الوقف، شريطة استغلالهنّ للعين الموقوفة حيث نصّ على: "من المقرّر في مبادئ الفقه الإسلامي، أنّ الحبس الذي يحزّر وفقا للمذهب الحنفي، يرخص بالتّحسيس على النّفس قيد الحياة ولا يشترط فيه الحياة كما أنّه يسمح بإخراج البنات بشرط أنّه يجعل لهنّ عند الاحتياج حقّ استغلال الأملاك المحبسة...إذا كان الثّابت- في قضّي الحال- أنّ عقد الحبس المحزّر وفقا للمذهب المذكور ينصّ على وجه الخصوص أنّ البنات الثلاثة- الطّاعنات- لهنّ حقّ الاستغلال في البستان، فإنّ قضاة الاستئناف بإثباتهم ذلك بما لهم من سلطة تقديرية في الموضوع والقضاء برفض دعوى المدّعيات بزّروا ما قضوا به تبريرا كافيا. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطّعن"⁽⁶⁾.

على هذا الأساس رأت المحكمة العليا أنّ الوقف على الذكور دون الإناث ليس الهدف منه حرمانهنّ من الإرث، وإنّما لأنّ المرأة ستزوّج، وإذا اعتبرت في الوقف فإنّه سينتقل إلى أولادها الذين يعتبرون أجانبا لقبا ونسبا وعصبة، فضلا على أنّ إبقاء الملك في إسم الواقف مهما طال عليه العهد وخاصّة أنّه في نظره يدّخره لآخرته ينتفع به في مماته⁽⁷⁾.

(1) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 344.

(2) بن جزي . القوانين الفقهية. ص 550.

(3) ابن قدامة. المغني . ج 6 ص 214 .

(4) ابن عابدين . حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبوحنيفة . ج 4 ص 433.

(5) الشريبي. مغني المحتاج. ج 3 ص 386.

(6) المجلس الأعلى- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1984/12/13- ملف رقم 35351- (المجلة القضائية لسنة 1989. العدد الرابع ص 95.

(7) حمدي باشا عمر. عقود التبرعات الهبة - الوصية- الوقف. ص 90.

وملاحظ أنّ إرادة الواقف تحظى بهامش معتبر من الحرية بالمقارنة مع الميراث؛ فيستطيع الواقف أن يشترط في انتقال ماله لمن يشاء، على اعتبار أنّ الوقف أن إرادة الواقف هي محل الاعتبار على خلاف ما يسري على أحكام الإرث وفقا لقرار المحكمة العليا الذي نصّ على: "من المقرّر فقها وقانونا أنّه خلافا للقواعد الإجباريّة الجارية على الموارث تخضع أيلولة الحبس مبدئيّا لإرادة المحبس"⁽¹⁾.

ويمكن لمس مدى الحرية التي يتمتّع بها الواقف في وقفه، هو اختياره للمذهب الذي يودّ أن يباشر وقفه في نطاقه ولا سيما المذهب الحنفي، وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا من خلال قرارها الذي نصّ على: "لكن حيث بالرغم من عدم إثارة الطّاعنين للدّفع المتضمّن عدم صحّة الوقف على النّفس والمثّر لأول مرّة أمام المحكمة العليا، ويتعيّن عدم الاعتداد به على هذا الأساس، ومع ذلك فإنّ الحبس المبرم أمام الموثّق (ب.ع) من طرف المرحومة (ف.ع) تمّ إنجازه وفقا لمذهب الإمام أبي يوسف القاضي يعقوب صاحب الإمام أبي حنيفة الذي يُجيز الوقف على النّفس، ومن ثمّ فإنّ الحبس المذكور لا يخالف قانون الأسرة والقانون المتعلّق بالأوقاف والشريعة الإسلامية..."⁽²⁾.

غير أنّ المحكمة العليا من خلال قرارها قد ألمحت إلى ضرورة تأسيس الوقف، لا سيما إذا تمّ لبعض أفراد الأسرة دون الآخرين حيث نصّ قراره على: "...ومتى تبين- في قضية الحال- أنّ القرار المنتقد لما قضى بإلغاء الحكم المستأنف، والقضاء من جديد بصحّة الحبس الذي أقامه المحبس على زوجته وبناته، وحرّم ابنه الطّاعن من كلّ الاستفادة من الحبس المذكور، فإنّه عرض قراره لانعدام الأساس القانوني والشّرعي. مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه"⁽³⁾.

كما أنّه يمكن للواقف الاحتفاظ بمنفعة الموقوف مدّة حياته، وينتقل بعد ذلك للجهة المعنية، وفقا لما نصّت عليه المادة 214 من قانون الأسرة الجزائري بنصّها على: "يجوز للواقف أن يحتفظ بمنفع الشيء المحبس مدّة حياته، على أن يكون مآل الوقف بعد ذلك إلى الجهة المعنية".

وهو ما جاء به قرار المحكمة العليا الذي نصّ على: "من المقرّر أنّ الوقف هو حبس المال عن التملّك لأيّ شخص على وجه التّأبيد والتّصدّق، إلّا أنّه يجوز للواقف أن يحتفظ بمنفعة الشيء المحبس مدّة حياته، على أن يكون مآل الوقف بعد ذلك إلى الجهة المعنية. ولما ثبت- من قضية الحال- أنّ قضاة الموضوع أسسوا قرارهم القاضي برفض دعوى الطّاعن، التي ادّعى فيها أنّه الوارث الوحيد للمرحوم أخيه فإنّهم التزموا بتطبيق

(1) العربي بلحاج. قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02/05 ومعلّقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة 1966-2006. ص 612 (أنظر: المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار غير منشور مؤرخ في 1986/05/05 ملف رقم 41110).

(2) لحسين بن شيخ آث ملويا. المرشد في قانون الأسرة. ص 464 (أنظر: المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والموارث- قرار غير منشور صادر بتاريخ 2014/01/16 ملف رقم 51).

(3) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1997/09/30- ملف رقم 171658- (المجلة القضائية لسنة 2001. عدد خاص. ص 305).

القانون، لأنّ المال المحبس لا يمكن أن يكون محلّ تملّك أو دعوى ملكيّة، ممّا يتعيّن معه رفض الطّعن⁽¹⁾، وبعدّ هذا الطّرح مناقضا لما جاء به تفصيل المادة 777 من القانون المدني التي جعلت من تصرّف شخص لأحد الورثة، واستثنى لنفسه حيازة الشيء المتصرّف فيه للانتفاع بها لحين موته.

كما ينبغي احترام إرادة الواقف الذي استثنى لنفسه منفعة الشيء الموقوف واستغلاله لحين موته، واشترطه أيلولته بعد ذلك لورثته الذّكور إن وجدوا، فإنّ مخالفة هذا الشرط يُعدّ مردودا، فحقّ الانتفاع يتّجه إلى الورثة المعنيين، وهو ما وضّحه قرار المحكمة العليا الذي نصّ على: "حيث يتّضح من عقدي الحبس المؤرّخين في 1942/11/10 و 1952/02/28 أنّ المرحوم (ق ح م) حبس عقّارات واقعة بمستغانم، ولكن مع التّوضيح بأنّه يحتفظ بحقّ الانتفاع والاستغلال لنفسه طوال حياته، وأنّه بعد وفاته ينتقل حقّ الانتفاع والاستغلال إلى ورثته الذّكور الذين عدّدهم، وأنّه فقط في حالة عدم وجود ورثة ذكور تصبح العقّارات محبسة لفائدة البقاع المقدّسة. وأنّه طالما يوجد ورثة ذكور كما هو منصوص عليه في عقدي الحبس، فإنّ حقّ الانتفاع واستغلال العقّارات يعود إليهم، وأنّ مديرية الشؤون الدّينية لولاية مستغانم لا يمكنها أخذها. وعليه فإنّ تصرّف مديرية الشؤون الدّينية بأخذ العقّارات المتنازع عليها وتأجيرها للغير يعتبر تعديا بوجود ورثة ذكور، ممّا يستوجب الحكم عليها بردّها، ودفع مبالغ الإيجار المقبوضة منذ سنة 1976"⁽²⁾.

غير أنّ شروط الواقف ينبغي أن لا تمسّ أركان الوقف وهو ما شمله قرار المحكمة العليا الذي نصّ على: "بحيث أنّ المادة 15 منه تنصّ على أنّه يجوز للواقف أن يتراجع عن بعض الشّروط الواردة في عقد الوقف، والحال لا يجوز له المساس بأركان الوقف طبقا للمادة 23 من نفس القانون، أي بمنع التصرّف بأصل الملك بأي صفة من صفات التصرّف سواء بالبيع، الهبة أو التنازل أو غيرها، وفي دعوى الحال فإنّ الواقفة تصرّفت حال حياتها لفائدة الغير بالقطعة الأرضيّة في سنة 1970 وتوفيت في سنة 1986، وذلك مسّ بجوهر الوقف ولا يعتبر شرطا من شروط عقد الحبس خلافا لما جاء في تسبيب القرار محلّ الطّعن، وأنّ تصرّف والدة المطعون ضدهما أبطل الوقف، خاصّة وأنّ ذلك التصرّف أدّى منذ وقوعه إلى إنشاء حقوق لصالح الغير، وحيث أنّ القرار المطعون فيه جاء مخالفا للقانون، ويكون بذلك معرّضا للنقض مع تحميل المطعون ضدهما المصاريف القضائيّة..."⁽³⁾.

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1994/03/30- ملف رقم 109957- (المجلة القضائية لسنة 1994. العدد الثالث. ص 39).

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1996/05/05- ملف رقم 137561- (المجلة القضائية لسنة 1996. العدد الثاني. ص 147).

(3) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 2011/03/10- ملف رقم 636028 - (المجلة القضائية لسنة 2011. العدد الثاني. ص 158 و 159).

سادسا: ضمانات الأقارب من خلال الحماية القانونية الوقف.

لقد أحاط المشرع الجزائري الوقف بجملة من التدابير القانونية، التي من شأنها تقرير الوقف وعدم تعريضه للتعدي وترتيب الجزاء القانوني في حالة تجاوز الحدود المرسومة للوقف، وفق أطر تشريعية مضبوطة وهو ما سيتم التطرق له وفقا لمالي:

1- الحماية الجزائية للوقف.

ضبط المشرع بموجب القانون المتعلق بالأوقاف ما يترتب عن التلاعب بأموال الوقف، من خلال نص المادة 36 التي نصت على: "يتعرض كل شخص يقوم باستغلال ملك وقفي بطريقة متسرة أو تدليسية أو يخفي عقود وقف أو وثائقه أو مستنداته أو يزورها إلى الجزاءات المنصوص عليها في قانون العقوبات"، وبالرجوع إلى قانون العقوبات ومن خلال التركيز على بعض المواد المتعلقة بالجرائم الواردة على الأموال لا سيما المادة 386 التي نصت على: "يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات بغرامة من 2.000 إلى 20.000 دينار جزائري كل من انتزع عقارا مملوكا للغير وذلك خلسة أو بطرق التدليس، وإذا كان انتزاع الملكية قد وقع ليلا بالتهديد أو العنف أو بطريقة التسلق أو الكسر من عدة أشخاص أو مع حمل سلاح ظاهر أو مخابأ بواسطة واحد أو أكثر من الجناة فتكون العقوبة الحبس من سنتين إلى عشر سنوات والغرامة من 10.000 دج إلى 100.000 دج".

كما أن المادة 387 نصت على "كل من أخفى عمدا أشياء مختلسة أو مبددة أو متحصلة من جناية أو جنحة في مجموعها أو في جزء منها يعاقب بالحبس من سنة على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر وبغرامة من 500 إلى 20.000 دج. ويجوز أو تجاوز الغرامة 20.000 دج حتى تصل إلى ضعف قيمة الأشياء المخفأة. ويجوز علاوة على ذلك أن يحكم على الجاني بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة 14 من هذا القانون لمدة سنة على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر. وكل ذلك مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد إذا اقتضى الأمر في حالة الاشتراك في الجناية طبقا للمواد 42 و 43 و 44".

ونصت المادة 388 على: "في حالة ما إذا كانت العقوبة المطبقة على الفعل الذي تحصلت عنه الأشياء المخفأة هي عقوبة جنائية يعاقب المخفي بالعقوبة التي يقررها القانون للجناية وللظروف التي كان يعلم بها وقت الإخفاء. ومع ذلك فإن عقوبة الإعدام تستبدل بالنسبة للمخفي بعقوبة السجن المؤبد، ويجوز دائما الحكم بالغرامة المنصوص عليها في المادة 387".

2- الحماية المدنية للوقف.

حرص المشرع الجزائري على حماية الوقف من خلال الجوانب المدنية، ويمكن ملاحظة ذلك كما يلي:

أ- الأملاك الوقفية لا تقبل الكسب بالتّقديم.

إنّ الشيء الذي لا يجوز التصرف فيه لا يمكن أن يكون محلّ كسب بالتّقديم، فالأملاك الوقفية لا يمكن كسبها بالتّقديم، وكاستثناء يمكن ملاحظة إمكانية اكتساب بعض الأملاك الوقفية بالتّقديم، كما هو الشأن بالنسبة للأراضي الوقفية الجرداء طبقا للمرسوم رقم 83-352 المؤرخ في 21 مايو 1983⁽¹⁾.

ب- الأملاك الوقفية غير قابلة للحجز.

الأصل أنّه لا يكون الحجز إلّا على أموال المدين، ومن أثر الوقف أن تصبح الأملاك غير مملوكة للواقف، كما أنّ الحجز تتطلب البيع بالمزاد العلني لاستيفاء قيمة الدين، وهوما يؤدي لنقل ملكية الأملاك المبيعة لطرف آخر في المزاد العلني، وهذه العملية تتناقض وطبيعة الوقف لتمتعه بالشخصية المعنوية وفقا لنصّ المادة 49 من القانون المدني في فقرتها الخامسة التي عدّدت الأشخاص الاعتبارية والتي يعدّ الوقف من ضمنها.

على الرّغم من ذلك فإنّ المشرّع الجزائري قد أجاز التنفيذ على حقّ الموقوف عليهم بموجب المادة 21 من القانون المتعلّق بالأوقاف التي تنصّ على: "يجوز جعل حصّة المنتفع ضمانا للدائن في المنفعة فقط وفي الثّمن الذي يعود إليه".

ج- الوقف يسمح للموقوف عليه حقّ الانتفاع دون التصرف.

تضمّنت ذلك المادة 18 من القانون المتعلّق بالأوقاف بنصّها على: "ينحصر حقّ المنتفع بالعين الموقوفة فيما تنتجه، وعليه استغلالها استغلالا غير متلف للعين وحقّه حقّ انتفاع لا حقّ ملكية"، وكذلك عدم إمكانية التصرف في الملك الوقفي وفقا للمادة 23 التي نصّت على: "لا يجوز التصرف في أصل الملك الوقفي المنتفع به، بأية صفة من صفات التصرف سواء بالبيع أو الهبة أو التناول أو غيرها"، وجدير بالذكر أنّ عدم القابلية للتصرف تشمل الوقف العام والخاص⁽²⁾، كما نظّمت المادة 6 مكرّر من القانون 02-10 المعدّل والمتمم لقانون الأوقاف حالة الرّيع الخاص بالوقف في صورة ما احتفظ الواقف بحقّ الانتفاع مدى الحياة حيث ينصرف للجهات الموقوف عليها لا سيما الخيرية منه، فنصّت المادة على: "يؤول الرّيع النّاتج عن الوقف المؤسّس لفائدة جهات خيرية والذي احتفظ فيه الواقف بحقّ الانتفاع بريعه مدى الحياة، إلى الجهات الموقوف عليها"، فضلا على أنّ الوقف يرتّب زوال ملكية الواقف وأيلولة حقّ الانتفاع إلى الموقوف عليه في إطار أحكام الوقف وشروطه وفقا للمادة 17 من القانون المتعلّق بالأوقاف.

(1) المرسوم رقم (83-352) الذي يسنّ إجراء لإثبات التّقديم المكتسب وإعداد عقد الشّهرة المتضمّن الاعتراف بالملكية. الصّادر في 21 مايو 1983، (الجريدة الرسمية، رقم 21 الصادرة بتاريخ 24 مايو 1983)، ص 1473.

(2) خالد رمول. الإطار القانوني والتنظيمي للأملاك الوقف في الجزائر. ص 63...70.

سابعاً: دور ناظرالوقف في حماية الوقف.

يحتاج الوقف إلى من يرعاه ويهتم بكل تفاصيله حتى يؤدي الهدف المُراد من إنشائه، والحرص على جميع ما من شأنه تنميته وعلى هذا يجب أن يتوقّر في الناظر عدّة تفاصيل سيتمّ التعرّض لها كما يلي:

1- تعيين ناظرالوقف.

يصحّ للواقف اتّفاقاً⁽¹⁾ أن يجعل الولاية لنفسه أو للموقوف عليه، أو لغيرهما بالتعيين أو الوصف، وفي وقف علي رضي الله عنه شرط النظر لابنه الحسن، ثم لابنه الحسين رضي الله عنهما⁽²⁾، ويُعمَل بشرط الواقف في تحديد الناظر، فإذا لم يحدّد فالنظر للقاضي عند المالكية والشافعية على أساس أن للقاضي النظر العام، ورأى الحنابلة أن الوقف يكون للموقوف عليه إذا كان آدمياً معيّناً، ولكل واحد بحسب حصّته إذا كان الموقوف عليهم جمعاً محصوراً، على أن يكون الوقف للحاكم أو نائبه إن كان الموقوف عليه غير محصور، ورأى الحنفية أن الولاية تكون لنفس الواقف إذا اشترط ذلك أو لم يشترط، وإلاّ فللحاكم ويجوز تعدّد النظّار.

بالرجوع إلى المشرّع الجزائري فقد نصّ من خلال القانون المتعلق بالأوقاف على ناظرالوقف ولاسيما المادة 33 منه بنصّها على: "يتولّى إدارة الأملاك الوقفية ناظر للوقف حسب كميّات تحدّد حسب التّنظيم"، ونصّت المادة 34 على أن "شروط تعيين الناظر وحقوقه وحدود تصرفاته ستحدّد بموجب نصّ تنظيمي"، هذا ونصّت المادة 12 من المرسوم التنفيذي 381/98⁽³⁾ على إسناد رعاية التسيير المباشر للملك الوقفي إلى ناظر الملك الوقفي في إطار أحكام القانون رقم 91-10 المؤرّخ في 27 أبريل سنة 1991 والمذكور أعلاه.

ووفقاً للمادة 16 المرسوم التنفيذي 381/98 التي نصّت على: يعيّن الوزير المكلف بالشؤون الدّينية بقرار، بعد استطلاع رأي لجنة الأوقاف المذكورة في المادة 9 أعلاه، تعيين ناظر ملك وقفي أولعدّة أملاك وقفية، كما يعتمد ناظرًا للملك الوقفي الخاصّ، عند الاقتضاء، استناداً إلى عقد الوقف أو إلى اقتراح ناظرالشؤون الدّينية وذلك من بين: 1- الواقف أو من نصّ عليه عقد الوقف، 2- الموقوف عليهم، أو من يختارونه، إذا كانوا معيّنين محصورين راشدين، 3- وليّ الموقوف عليهم، إذا كانوا معيّنين محصورين غير راشدين، 4- من لم يطلب النظّارة لنفسه، من أهل الخير والصّلاح، إذا كان الموقوف عليه غير معيّن، أو معيّناً غير محصور وغير راشد ولا وليّ له".

هذا ويجب أن يراعى في تعيين الناظر جملة من الشّروط تضمّنتها المادة 17 من المرسوم التنفيذي 381/98 بنصّها على: "يُشترط في الشّخص المُعيّن أو المعتمد ناظرًا للأوقاف أن يكون: 1- مسلماً، 2-

(1) بن جزي . القوانين الفقهية. ص 552؛ الشربيني. مغني المحتاج. ج 2 ص 393؛ ابن قدامة. المغني. ج 6 ص 267؛ ابن عابدين. حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبوحنيفة. ج 4 ص 369.

(2) وهبة الزحيلي . الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 364.

(3) المرسوم التنفيذي رقم (98-381) الذي يحدّد شروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكميّات ذلك. الصّادر في 01 ديسمبر 1998، (الجريدة الرسمية، رقم 30 الصادرة بتاريخ 02 ديسمبر 1998) ص 17.

جزائري الجنسية، بالغاً سنّ الرّشد، سليم العقل والبدن، عدلاً أميناً، 6- ذا كفاءة وقدرة على حسن التصرف".

بالنسبة لشرط الإسلام فهو ضروري لكون الوقف منصّباً على باب من أبواب البرّ بغية التقرب لله تعالى، فإن كان الوقف على كافر معين، جاز شرط النّظر فيه لكافر. هذا ما ذكره الحنابلة، ولم يشترط الحنفية الإسلام في الناظر⁽¹⁾، أمّا بالنسبة لشرط الجنسية الجزائرية فطبيعيّ اشتراطها لأنّ الأمر يتعلّق بوظيفة إداريّة تقتضي إلماماً واسعاً بتسيير الأملاك، واشترط المشرّع أيضاً أن يكون الناظر راشداً وذلك تماشياً مع المهمة الموكلة إليه التي لا يمكن أن يُعهد بها إلى قاصر أو مميّز، كما يُشترط أيضاً في الناظر أن يكون سليم العقل والبدن حتى يكون أهلاً لتحمل أعباء هذه المسؤوليّة وبالتالي قدرته التّامة في التصرف على ما هو عليه ناظر، فضلاً على ضرورة أن يكون عادلاً أميناً لأنّه يعتبر وكيلاً حريصاً، فحريّ به أن يكون أهلاً لهذه الأمانة الملقاة على عاتقه، من خلال الحفاظ على ما أوقفه الواقف وما اشترطه، وتوزيع الوقف على الموقوف عليهم بالعدل، كما يجدر به أن يكون كفء وقادراً على حسن التصرف من خلال القدرة الكاملة على التّسيير والأمانة في تولي هذه المهمة⁽²⁾.

2- مهام ناظرالوقف.

يُعتبر ناظرالوقف في إطارالتّشريع الجزائري أجيراً له صلاحية التّسييرالمباشر في حدود الصّلاحيّات المخوّلة له قانوناً⁽³⁾، فله عدّة مهام وصلاحيّات حدّدتها المادة 13 من المرسوم التّنفيذي 381/98 على سبيل المثال لا الحصر حيث نصّت المادة على: "يُباشرناظرالملك الوقفي عمله تحت مراقبة وكيل الأوقاف⁽⁴⁾ ومتابعته،

(1) ابن قدامة. المغني. ج 6 ص 267؛ ابن عابدين. حاشية رد المحتار على الدرالمختار شرح تنويرالأبصار فقه أبوحنيفة. ج 4 ص 369 وما بعدها.

(2) خالد رمول. الإطار القانوني والتنظيمي لأملك الوقف في الجزائر. ص 120...121.

(3) محمد كنانة. الوقف العام في التّشريع الجزائري. دارالهدى للطباعة والنّشر والتّوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2006. ص 155.

(4) يراقب وكيل الأوقاف بموجب المرسوم التّنفيذي 381/98، في نطاق اختصاصه الإقليمي موقع الملك الوقفي تحت إشراف ناظرالشؤون الدّينية وفقاً لنصّ المادة 11 التي نصّت على: "يراقب وكيل الأوقاف على صعيد مقاطعته تحت إشراف ناظر الشؤون الدّينية، موقع الملك الوقفي ويتابع أعمال نظّار الأملاك الوقفيّة ويراقبها والمذكور أعلاه".

لقد تضمّن التّشريع الجزائري سلك وكيل الوقف في رتبتين: وكيل الأوقاف، ووكيل الأوقاف الرّئيسي، حيث يتولى وكيل الأوقاف المهام التّالية:- مراقبة ومتابعة تسيير وإدارة الأملاك الوقفية والزّكاة، - السّهر على صيانة الأملاك الوقفية واقتراح كلّ تدابير لترميمها،- ترقية الحركة الوقفية واستثمار الوقف، - البحث عن الأملاك الوقفية غير المصنّفة وإحصائها، - متابعة المنازعات المتعلّقة بالأملاك الوقفية؛ هذا ويتولى وكلاء الوقف الرّئيسيون نفس مهام الوكلاء بالإضافة إلى طائفة أخرى من المهام هي:- اقتراح مشاريع الاستثمار المتعلّقة بالزّكاة والأملاك الوقفية، - إعداد مختلف الحصائل السنوية لإيرادات ونفقات الزّكاة والأملاك الوقفية، - المساهمة في نشاط مجلسي البناء والتّجهيز وسبل الخيرات لمؤسسة المسجد. (أنظروا المواد 27، 28 و29 من المرسوم التّنفيذي رقم (08-411) المتضمّن القانون

ويتولى على الخصوص المهام الآتية: 1- السهر على العين الموقوفة، ويكون بذلك وكلاء على الموقوف عليهم وضامنا لكل تقصير، 2- المحافظة على الملك الوقفي وملحقاته وتوابعه من عقارات ومنقولات، 3- القيام بكل عمل يفيد الملك الوقفي، أو الموقوف عليهم، 4- دفع الضرر عن الملك الوقفي، مع التقيد بالتنظيمات المعمول بها وبشروط الواقف، 5- السهر على صيانة الملك الوقفي المبني وترميمه وإعادة بنائه عند الإقتضاء، 6- السهر على حماية الملك الوقفي والأراضي الفلاحية الوقفية واستصلاحها وزراعتها، ...، 7- تحصيل عائدات الملك الوقفي، 8- السهر على أداء حقوق الموقوف عليهم مع مراعاة شروط الواقف بعد خصم نفقات المحافظة على الملك الوقفي، وحمايته وخدمته المثبتة قانوناً، فمن خلال هذه المادة يتضح جلياً مدى تنوع مهام ناظر الوقف بحسب الشيء الموقوف من حيث الحرص على حمايته بكل الطرق وصيانته وعنايته، ويُفهم من خلال هذه التفاصيل أنّ الناظر في نطاق هذه المهام عليه أن يبذل عناية الرجل الحريص باعتباره أميناً على ملك الغير، كما أنّه يتحمل مسؤولية أخرى تجاه الموقوف عليهم باعتباره وكلاء عليهم في نطاق شروط الواقف ويتحمل كلّ تقصير إذا أخلّ بمهمته.

كما أنّ المادة 14 ضبّطت مهام الناظر بشأن الوقف الخاص حيث نصّت على: "يُمارس الناظر المعتمد، لرعاية الملك الوقفي الخاص، مهامه حسب شروط الواقف طبقاً لأحكام هذا المرسوم، ويعتبر مسؤولاً أمام الموقوف عليه والواقف إن اشترط ذلك، وكذا أمام السلطة المكلفة بالأوقاف"، فيتضح من خلال المادة المسؤولية المتعددة للناظر إذا كان الوقف خاصاً أمام طرفيه وكذا أمام السلطة المكلفة بالأوقاف ممثلة في وزارة الشؤون الدينية والأوقاف ومديرياتها الولائية، كما أنّ المادة 15 تضمّنت دور السلطة المكلفة بالأوقاف في استخلاف أو اعتماد ناظر الوقف أو بمن يقترح توكيله إذا تعذر على الناظر الممارسة، حتى يتسنى له ممارسة مهامه.

ثامناً: حماية الحقوق من خلال إجراءات إثبات الوقف.

تُعتبر الشهادة من الناحية الشرعية إحدى طرق الإثبات في الوقف، على أنّه يشترط في بيان الوقف بيان الوقف حتى لو كان قديماً، كما يمكن الاعتماد في إثباته بالشهادة على الشهادة، وشهادة النساء مع الرجال، والشهادة بالشهرة والتسامع كأن يشهد الشاهد بالتسامع وتقبل شهادة التسامع كتحديد مسجد معين، ولا يصلح صكّ الكتابة حجة لأنّ الخطّ يشبه الخطّ⁽¹⁾، ولا يُشترط لصحة الوقف أن يحدّد العقار، فالشّروط أن يكون معلوماً، وإنّما هو لقبول الشهادة الوقفية⁽²⁾.

الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بالإدارة المكلفة بالشؤون الدينية والأوقاف. الصادر في 24 ديسمبر 2008، (الجريدة الرسمية، رقم 73 الصادرة بتاريخ 28 ديسمبر 2008) ص 29 و 30.

(1) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 348.

(2) ابن عابدين. حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة. ج 4 ص 429 وما بعدها.

بالرجوع إلى المشرع الجزائري فقد نصّ على إثبات الوقف في نطاق قانون الأسرة بموجب المادة 217 التي نصّت على: "يثبت الوقف بما تثبت به الوصية طبقا للمادة 191 من هذا القانون"، وبالرجوع إلى المادة 191 من قانون الأسرة فإنّها تضمّنت إمكانية إثبات الوصية بالتصريح أمام الموثّق أو بموجب حكم قضائي في صورة وجود مانع قاهر.

هذا وتضمّن القانون المتعلّق بالأوقاف إثبات الوقف بموجب المادة 35 والتي نصّت على: "يثبت الوقف بجميع طرق الإثبات الشرعية والقانونية مع مراعاة أحكام المادتين 29 و 30 من هذا القانون"، والملاحظ من النص القانوني أنّه لم يحدّد طرقا بعينها للإثبات، الأمر الذي يحيل إلى أحكام الإثبات الواردة في المواد من 325 إلى 350 من القانون المدني الجزائري والمتضمنة إثبات الالتزام بشكل عام، وعلى هذا الأساس سيتمّ التفصيل في موضوع الإثبات وفقا لمالي:

1- إثبات التصرف القانوني.

إنّ المادة 35 من القانون المتعلّق بالأوقاف جاءت عامّة من حيث الصياغة بخصوص طريقة الإثبات، والتي من بينها الكتابة والإقرار واليمين الحاسمة وغيرها، ويمكن التفصيل في كيفية الإثبات كتابة كما يلي:

أ- الكتابة.

نصّ القرآن الكريم على أهمية الإثبات بالكتابة من خلال قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ...﴾⁽¹⁾، فهذا إرشاد منه تعالى لعباده المؤمنين إذا تعاملوا بمعاملات مؤجلة أن يكتبوها، ليكون ذلك أحفظ لمقدراتها وميقاتها، وأضبط للشاهد فيها⁽²⁾، وتضمّن القانون المدني الجزائري فكرة العقد الرسمي في نطاق المادة 324 بنصّها على: "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظّف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامّة، ما تمّ لديه أو ماتلقّاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه"، وكذا المادة 324 مكرّر 7 "يعتبر العقد الرسمي حجة بين الأطراف حتى ولو لم يعبر فيه إلّا ببيانات على سبيل الإشارة، شريطة أن يكون لذلك علاقة مباشرة مع الإجراء. ولا يمكن استعمال البيانات التي ليست لها صلة بالإجراء سوى كبداية للثبوت"، وعلى هذا الأساس تكتسي الأوراق الرسمية أو العرفية حجية في الإثبات تختلف باختلاف الترتيب والأهمية، فقد تكون محرّرات رسمية كالعقود الرسمية الموثّقة، أو أوراقا عرفية معدّة للإثبات، وكذا أوراقا عرفية غير معدّة للإثبات غير أنّها تصلح كأدلة عارضة.

ب- شروط حجية الأوراق الرسمية.

بالرجوع إلى المادة 324 من القانون المدني فإنّها تطرّقت إلى ضرورة أن يتولّى تحرير الورقة الرسمية موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامّة، مع مراعاة كون هذا الموظّف مختصّا موضوعيا وإقليميا

(1) سورة البقرة . الآية 233.

(2) ابن كثير . تفسير القرآن العظيم . ج 1 ص 722.

بتحريها، ومراعاة الأوضاع القانونية المنصوص عليها في القانون المتعلق بالأوقاف، ومتى استوفت هذه الأوراق الشروط المنصوص عليها قانونا كانت ناجعة في إثبات الملك الوقفي.

2- إثبات الواقعة القانونية.

يُعتبر الوقف واقعة فعل نافع يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات، كالبينة التي تحمل معنى عام وهو الدليل من كتابة أو شهادة وقرائن، ومعنى خاص يتمثل في شهادة الشهود، حيث يقصد بذلك الدليل المُستفاد من شهادتهم، وهم الأشخاص الذين يؤيدون صحة التصرف القانوني باعتبارهم عالمين بوجود أملاك وقفية في أمكنة معينة ووقفها في زمن معين، وتضمنت المادة 30 من القانون المتعلق بالأوقاف الأشخاص الذين لا تقبل شهادتهم حيث نصّت على: "وقف الصبي غير صحيح مطلقا سواء كان مميزا أو غير مميز ولو أذن بذلك الوصي"، ونتيجة لذلك فلا تقبل شهادة هذه الفئة ومن في حكمهم، فالإشهاد المنصوص عليه قانونا ينصب حول شهادة الشهود وكيفية تقديم شهادتهم⁽¹⁾، فعقد الوقف لا يثبت إلا بالعقد الرسمي، المُشهر بالمحافظة العقارية المختصة، أما ما جاء في نطاق المادة 35 من القانون المتعلق بالأوقاف فلا ينطبق حكمها إلا على المنقولات التي تُتيح الإثبات بكافة الوسائل المقررة قانونا⁽²⁾، وينبغي أثناء إنشاء الوقف مراعاة ما يلي:

أ- الرسمية.

تُعتبر الرسمية شرطا من الشروط التي تتطلبها العديد من المعاملات التي تنقل الملكية العقارية لحلولها محلّ الشهر العقاري، وهو ما يتطلب دقة في المعلومات وهو ما نصّ عليه القانون المدني في المادة 324، وكذا القانون المتعلق بالأوقاف 10/91 من خلال المادة 41 التي نصّت على: "يجب على الواقف أن يقيّد الوقف بعقد لدى الموثّق وأن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسّجل العقاري الملزمة بتقديم إثبات له بذلك وإحالة نسخة منه إلى السّلطة المكلفة بالأوقاف".

ب- التوثيق.

عمل المشرّع الجزائري على العناية بعناية خاصة بالتصرفات العقارية، ولا سيما الوقفية منها، وعلى هذا الأساس لا يكون الوقف صحيحا إلا إذا صدر به إشهاد ممّن يملك المال الوقفي، والمدير الولائي للشؤون الدينيّة والأوقاف هو محرّر العقود الوقفية مع مراعاة الرسميّة المقررة بموجب المادة 324 من القانون المدني، وكذا المادة 26 مكرّر 11 من القانون 07-01 المعدّل والمتّم لقانون الأوقاف التي نصّت على: "للسّلطة المكلفة

(1) عبد الرزاق بوضياف. إدارة أموال الوقف وسبل استثمارها في الفقه الإسلامي والقانون. ص 184.

(2) حمدي باشا عمر. عقود التبرعات الهبة - الوصية - الوقف. ص 86.

بالأوقاف حق إبرام عقود في إطار أحكام المادة 8 أعلاه⁽¹⁾، وهو الأمر الذي يجعل من أن تكون الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي المحدد بشكلها ومضمونها بتوقيع من المدير الولائي للشؤون الدينية والأوقاف.

ج- الشهر العقاري للوقف.

يدخل الوقف والوصية في نطاق التصرفات المنشئة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية، أو نقله أو تغييره أو زواله، وفي حالة عدم تسجيلها فإن هذه الحقوق لا تنتقل ولا تتغير حفاظا على المال الوقفي، فالهدف المرجو من الشهر العقاري هو إعلام الغير بما هو وارد على العقار من حقوق عينية، ضمانا للثقة في المعاملات العقارية، ويكون الشهر عينا أو شخصيا.

حيث يتميز العيني أنه يتم على أساس العقار ذاته، فتكون لكل عقار صفحة أو بطاقة خاصة به تسجل بها كافة الحقوق العينية الواردة على العقار دون النظر إلى أسماء الأشخاص.

وبالنسبة للشهر الشخصي فوظيفته هي العلانية فقط وليس له أية قوة ثبوت، فالواقف يشهر التصرف دون الاهتمام بصحة الحق الذي يرمي لإنشائه عن طريق أسماء أشخاص صدرت منهم تصرفات لإنشاء الوقف⁽²⁾.

كما أشارت المحكمة العليا إلى عدم إمكانية تطبيق قانون الأسرة بأثر رجعي ولا سيما ما تعلق بالإثبات فيما يخص الأوقاف الناشئة قبل صدوره، وبالمفهوم المخالف فإنه وبعد صدور قانون الأسرة فإن إثبات الوقف يخضع لنفس أحكام إثبات الوصية، ويمكن فحص ذلك من خلال القرار الذي نص على: "حيث أن القرار المنتقد ألغى الحبس المذكور على اعتبار أنه لم يُفرغ في عقد رسمي طبقا للمادة 12 من الأمر المتضمن قانون التوثيق، مع أن تلك المادة لا تنطبق على الحبس الذي يدخل في أعمال التبزع علما بأن أوجه البر المختلفة تعود إلى الشريعة الإسلامية، وبذلك لا يمكن تطبيق قانون الأسرة بمفعول رجعي على وقائع تمت في سنة 1973، وعليه فالوجه مؤسس الأثر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه..."⁽³⁾.

تاسعا: المنازعات المتعلقة بالوقف.

تكتسي منازعات الوقف أهمية بالغة لما تتعرض له الأوقاف من تجاوزات واستيلاءات أدت لفقد الكثير منها، وعلى هذا الأساس تم إنشاء أجهزة قضائية مختصة للفصل في قضايا الوقف وفق إجراءات حددها القانون، وهو ما سيتم إثراؤه كما يلي:

(1) القانون رقم (01-07) المعدل والمتم للقانون المتعلق بالأوقاف الصادر في 22 مايو 2001 (الجريدة الرسمية، رقم 29 الصادرة بتاريخ 23 مايو 2001) . ص 10.

(2) عبد الرزاق بوضياف. إدارة أموال الوقف وسبل استثمارها في الفقه الإسلامي والقانون. ص 96...99.

(3) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والمواريث - قرار صادر بتاريخ 16/11/1999- ملف رقم 234655- (المجلة القضائية لسنة 2001. عدد خاص. ص 315).

1- أطراف المنازعة.

تشمل أطراف منازعة الوقف كلاً من الواقف والموقوف عليه، وقد يكون ناظرالوقف طرفاً، وقد يكون الغير أيضاً طرفاً في قضية الوقف وفقاً للتفصيل التالي:

أ- الواقف.

قد يكون الواقف في منازعة الوقف مدّعياً أو مدعى عليه، فقد يكون مدّعياً في مسألة التراجع عن الوقف، فيباشر إجراءات رفع الدّعى ويشترط فيه بذلك الصّفة والأهلية، طبقاً لنص المادة 40 من القانون المدني الجزائري، أمّا إذا كان مدّعياً عليه في حال حبسه لعين أو مال في مرض الموت كمثال، وهذا التصرف يُعتبر باطلاً وفقاً للمادتين 204 و215 من قانون الأسرة الجزائري.

ب- الموقوف عليه.

يُشترط فيه الشّروط المُشترطة في الواقف من حيث الصّفة والأهلية، وقد يكون الموقوف عليه مدّعياً، وفي حالة كونه مدعى عليه فإنّه معفى من عبء الإثبات، كما يمكنه أن يوسّع الخصومة عن طريق طلبات مقابلة ككون الورثة الموقوف عليهم مدعى عليهم لقيامه بتصرف في الملك الموقوف بيعاً أو قسمة.

ج- ناظرالوقف.

قد يكون الناظر طرفاً في المنازعة الوقفية، إذا كان ادّعاء ضدّ مديرية الشؤون الدّينية، ويشترط فيه توفّر شروط الدّعى، فقد يكون الناظر مدّعياً حول المطالبة بإلغاء عقد الحبس الذي تمّ لصالح المديرية بموجب عقد رسمي مُشهر.

د- الغير.

يكون الغير طرفاً في الخصومة عن طريق التدخّل أو الإدخال، فالمتدخّل في الخصام إذا كانت له مصلحة فيتدخّل إرادياً بانضمامه لأحد الأطراف ضدّ الآخر أو يهاجم جميع أطراف الخصومة⁽¹⁾، وهو ما أشارت إليه المادة 198 في فقرتها الثانية من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "لا يقبل التدخّل إلّا لمن كانت له مصلحة للمحافظة على حقوقه في مساندة هذا الخصم".

وأما الإدخال فالمقصود به إدخال شخص أجنبي عن الخصومة ولديه ما يفيد به القضية من وثائق ومستندات، ويكّن إدخاله جبرياً بطلب من أحد الأطراف إلى المحكمة النّازرة في الدّعى، وهو ما شملته المادة 199 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصّها على: "يجوز لأيّ خصم إدخال الغيرالذي يمكن مخاصمته كطرف أصلي في الدّعى للحكم ضده. كما يجوز لأيّ خصم القيام بذلك من أجل أن يكون الغير ملزماً بالحكم الصّادر".

(1) عبد الرزاق بوضياف. إدارة أموال الوقف وسبل استثمارها في الفقه الإسلامي والقانون. ص 231..233.

2- إجراءات رفع الدّعى.

يجب إعداد عريضة من قبل المسؤولين على شؤون الوقف حسب الشّكلية المراعاة قانونا طبقا للمادة 14 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنصّ على: "تُرفع الدّعى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة، موقّعة ومؤرّخة، تودع بأمانة الضّبط من قبل المدّعي أو وكيله أو محاميه، بعدد من النّسخ يساوي عدد الأطراف"، وعلى هذا الأساس فالعريضة يمكن أن تقدّم من طرف الناظر كممثل لمديرية الشّؤون الدينية على المستوى المحلي، مع مراعاة ما تشتمله من معلومات ضروريّة تضمّنتها المادة 15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية من ذكر الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدّعى، واسم ولقب المدّعي وموطنه، واسم ولقب وموطن المدّعي عليه، وعرضا موجزا حول الوقائع والطلبات، والأسس التي تنبني عليها الدّعى، فضلا عن الإشارة إلى الوثائق التي تدعم الدّعى، مع الأخذ بعين الاعتبار إعفاء الأملاك الوقفية العامّة من رسوم التّسجيل والضّرائب والرسوم الأخرى، لكونها عملا من أعمال البرّ والخير طبقا لنصّ المادة 44 من القانون المتعلّق بالأوقاف، أي إعفاء من مصاريف رفع الدّعى.

بالنسبة للدّعاوى فإنّه يمكن رفع دعوى عادية من طرف ناظر الأوقاف كممثل عن وزارة الشّؤون الدينية والأوقاف، أمام الجهات القضائية المختصة بعد عملية بحث عن الأملاك الوقفية التي قد تكون سكنات وقفية مستغلّة من قبل أشخاص عاديّين منذ مدّة، دون أن يدفعوا بدل الإيجار، فيتمّ استصدار أحكام قضائية بالطّرد، والأمر نفسه بالنسبة للمحلّات التجاريّة.

على هذا الأساس فإنّ لناظر الوقف مهمّة جوهرية تتمثّل في الدّفاع عن الأوقاف أمام العدالة، وعدم توكيل محام مالم يكن ضرورة، فهو ملزم بحضور الجلسات تفاديا لشطب القضايا، وعليه الرّد على العرائض وتبادل المذكرات واحترام الآجال القانونيّة، فضلا على مطالبته بنسخة من منطوق الحكم وإرساله إلى مدير الأوقاف⁽¹⁾، وهو ما يمثّل المعنى العام للمادة 13 من المرسوم 381/98 في فقرتها الأولى بتحديد واحدة من مهام ناظر الوقف حيث نصّت على: "1- السّهر على العين الموقوفة، ويكون بذلك وكّيلا على الموقوف عليهم وضامنا لكلّ تقصير".

3- الجهات القضائية المختصة.

يمكن التّفصيل في الاختصاص القضائي للجهات النّازرة في منازعة الوقف، من حيث الاختصاص الإقليمي والنّوعي كما يلي:

(1) عبد الرزّاق بوضياف. إدارة أموال الوقف وسبل استثمارها في الفقه الإسلامي والقانون. ص 240 ، 244 و 246.

أ- الاختصاص الإقليمي.

نصّت المادة 48 من قانون الأوقاف على أنّه: "تتولى المحاكم المختصة التي يقع في دائرة اختصاصها الوقف، النّظر في المنازعات المتعلّقة بالأموال الوقفية"، فجاءت هذه الصّيغة عامّة غير مفرّقة بين العقّار والمنقول.

بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإنّه فصل المحكمة النّازرة في القضايا المتمحورة حول عقّار، ولا سيما المادة 40 في فقرتها الأولى بنصّها على: "في المواد العقارية، أو الأشغال المتعلّقة بالعقّار، أو دعاوى الإيجارات بما فيها التّجارية المتعلّقة بالعقّارات، والدعاوى المتعلّقة بالأشغال العموميّة، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقّار والمحمكة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال".

بينما نصّت المادة 37 على الاختصاص الإقليمي بصفة عامّة وهو موطن المدّعي عليه، فالأموال المنقولة الموقوفة يعود فيها الاختصاص للمحمكة التي يقع في دائرتها المال المنقول الموقوف، أمّا إذا كان محلّ الوقف تنفيذ التّزام تعاقدى كنزاع يقوم بين عامل الوقف، والهيئة المكلفة بتسيير الوقف فالاختصاص يكون للمحمكة التي يقع في دائرة اختصاصها إبرام عقد العمل أو تنفيذه أو التي يوجد بها موطن المدّعي وفقا للمادة 40 فقرة 8.

وإذا كان النّزاع متعلّقا بتوريدات، فيؤول الاختصاص للجهة القضائيّة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام الاتّفاق أو تنفيذه وهو ما شملته المادة 39 فقرة 3 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. بالنّسبة للقضايا الاستعجالية الخاصّة بالأوقاف، تكون المحكمّة المختصة تلك التي يقع في دائرة اختصاصها مكان وقوع الإشكال في التّنفيد أو التّدابير المطلوبة.

ب- الاختصاص النّوعي.

منازعات الوقف العادية هي تلك القائمة بين أطراف عاديين، ويعود الاختصاص فيها إمّا للقسم المدني لأنّه الولاية العامّة للقضاء، أو أمام قسم شؤون الأسرة لانتماء موضوع الوقف إلى مواضع قانون الأسرة، أو أمام القسم العقّاري إذا كان النّزاع الوقفي متمحورا حول عقّار.

كما تُعدّ المنازعات المتعلّقة بالوقف العام معفيّة من الرّسوم طبقا للمادة 44 من قانون الأوقاف، حيث تفصل المحاكم الابتدائيّة بأحكام ابتدائيّة قابلة للاستئناف أمام المجالس القضائيّة، والتي تكون قراراتها محلّ طعن بالنّقض أمام المحكمّة العليا⁽¹⁾.

فالدّعاوى التي يكون فيها وزير الشؤون الدّينية والأوقاف فهي تتحدّد بناء على الصّفة الذي يظهر بها الوزير في المنازعة، فإذا أخذ مظهر السّلطة العامّة بمعنى عمله باسم ولحساب الدولة على أساس أنّه سلطة مركزية أي أنّه شخص من أشخاص القانون العام، فالدّعى تُرفع أمام مجلس الدّولة على أساس أنّه سلطة مركزيّة وفقا للمادة 901 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصّها على: "يختص مجلس الدّولة كدرجة

(1) عبد الرّزاق بوضياف. إدارة أموال الوقف وسبل استثمارها في الفقه الإسلامي والقانون. ص 236.

أولى وأخيرة، بالفصل في دعاوى الإلغاء والتفسير وتقدير المشروعية في القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية"، أما إذا ظهر بمظهر السيادة سواء كان مدعياً أو مدعى عليه، فالدعاوى التي يكون طرفاً فيها ترفع أمام القضاء العادي.

كما أنه يراعى في رفع دعوى الوقف الإدارية ميعاد أربعة أشهر التالية لتبليغ القرار المطعون فيه، أو من يوم نشره بموجب المادة 829 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ويتعين قبل رفع دعوى لإثبات الملكية الوقفية، أن يتم تحضير العقود والوثائق اللازمة أو شهادة الشهود الفردية أو الجماعية واستحضار كل ما من شأنه أن يثبت ملكية العقار الموقوف.

ويجب الأخذ بالاعتبار المعايير التي تكون بناء على الإدارة أو المحضر القضائي، للوقوف على حقيقة الأملاك الوقفية محل النزاع، والقيام بالاستدعاء أو الإعذار أو الإنذار للمطالبة بالحقوق الوقفية، ومن ثم تزويد مديرية الشؤون الدينية بنسخة من العريضة الافتتاحية بعد تسجيلها في المحكمة.

بعد صدور الحكم القضائي الخاص بالأملاك الوقفية الذي يكون في صالح المديرية، يتم تبليغ الحكم للمحكوم عليه من طرف ممثل الوزارة وتدوين ذلك في محضر تبليغ يوقعه المبلغ إليه، ولا يتم العمل بتبليغ المحضر القضائي إلا في الحالات القصوى، وبعد التبليغ يتم استخراج الصيغة التنفيذية وكذا شهادة عدم الاستئناف.

يتم تنفيذ الأحكام المتعلقة بالأوقاف مصحوبة بالصيغة التنفيذية عن طريق المحضر القضائي، بما يتماشى والمادة 600 قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ويحق لناظر الوقف المطالبة بالمصاريف القضائية والتعويض المدني، كما عليه موافاة مديرية الشؤون الدينية والأوقاف بنسخ من شهادة عدم الاستئناف ومحاضر التبليغ والتنفيذ والصيغة التنفيذية⁽¹⁾.

يتم الطعن في الأحكام عن طريق المعارضة بالنسبة للأحكام الغيابية، أو الاستئناف بالنسبة للأحكام الحضورية خلال مهلة شهر واحد من تاريخ التبليغ وفقاً للمواد 327 و 336 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

جاءت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة متضمنة الإشارة إلى ضرورة تمكين المرأة من حقها في التصرف في أملاكها حتى بدون عوض، وهو ما أشارت إليه المادة 16 التي نصت على: "تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية وبوجه خاص تضمن، على أساس تساوي الرجل والمرأة... (ح) نفس الحقوق لكلا الزوجين فيما يتعلق بملكية وحيازة الممتلكات، والإشراف عليها، وإدارتها، والتمتع بها، والتصرف فيها، سواء بلا مقابل أو مقابل عوض ذي قيمة"، فكانت الشريعة الإسلامية أسبق من المواثيق الوضعية في تقرير حرية المرأة في التصرف في أموالها من خلال مباشرة المعاولات والتبرعات، من بيع وشراء وإجارة ووقف، ويصح لها كذلك الإيصاء وأن

(1) عبد الرزاق بوضياف. المرجع السابق. ص 246.

توكل غيرها في كل ما تملكه بنفسها أو تتوكل هي عن غيرها في كل ما يملكه، وأن تضمن غيرها أو أن يضمها غيرها على نفس منوال الرجال⁽¹⁾.

المبحث الثاني: دور النيابة الشرعية في تقييد التصرفات المالية في قانون الأسرة الجزائري.

لأفراد الأسرة الحرية في التصرف في أموالهم كيف يشاؤون إذا كانت هذه التصرفات مُطابقة للشرع والتشريع، إلا أنه وفي صورة ماتم الخروج على بعض الضوابط فإن هاش هذه الحرية يتناقص، ليس بغرض التضييق عليهم بل من أجل الحفاظ على مالهم من الاندثار، ولأسيما إذا ثبت القصور في ملكاتهم العقلية أو بسبب السن، وعلى هذا الأساس وبسبب مشكل في إرادة الأصيل صاحب المال، يمكن الاعتماد على النائب في إبرام بعض العقود باسم الأصيل ولحسابه وكذا تقييد تصرفاته المالية إذا ثبت ترتب أضرار عليها، وعلى هذا الأساس سيتم التفصيل في هذا الجزئيات من خلال تقسيم المبحث إلى مايلي:

المطلب الأول : دور الولي في إدارة وحماية أموال القاصر.

المطلب الثاني: دور الوصي في إدارة وحماية أموال القاصر.

المطلب الأول : دور الولي في إدارة وحماية أموال القاصر.

قد تعترض مالك المال بعض العوارض التي تطرأ على أهليته فتجعلها معيبة، وتحول دون ممارسته للتصرفات المالية بسبب المخاطر التي تنطوي على ذمته المالية، لا سيما إذا كان متبرعا أو أن هذا التصرف يضر بوضعه المالي، وعلى هذا الأساس كانت النيابة في التعاقد إحدى السبل القانونية من أجل تمكين القاصر من مباشرة هذه التصرفات تحت رقابة النائب، وتعاقد يكون منوطا بتدخل النائب وإذنه في بعض التصرفات التي من شأنها الإضرار بالذمة المالية له، فالنيابة في التعاقد هي حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في التعبير عن الإرادة مع انصراف الآثار القانونية المترتبة عنه إلى شخص الأصيل، كما لو كان شخصيا الذي صدر منه التعبير عن الإرادة⁽²⁾، وتنقسم النيابة في التعاقد إلى اتفاقية وقانونية: فالأولى يستمد منها النائب سلطته في التعاقد من إرادة الأصيل بموجب عقد وكالة محددة، وأما الثانية فيستمد سلطته في التعاقد من القانون كما هو الحال بالنسبة للولي، والوصي، والقيم، وقد يفوض القانون تحديد شخص النائب للقاضي، كما هو الشأن بالنسبة للوصي والحارس القضائي، وهو ما يستلزم أيضا النيابة القضائية

(1) تيسير فتوح حجة . حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية دراسة مقارنة. ص 88.

(2) خليل أحمد حسن قدارة. الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري. ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط4، 2010، ج1 ص37.

لتولي القضاء تعيين النائب⁽¹⁾، وعلى هذا الأساس سيتم التفصيل في أحكام النائب طبقا لما جاء به قانون الأسرة الجزائري وفقا للتفريع التالي:

الفرع الأول: تعريف الولاية وأنواعها.

الفرع الثاني: ضوابط الولاية على المال.

الفرع الثالث: إمكانية تدخّل القضاء في إدارة أموال القاصر.

الفرع الرابع: إجراءات مراقبة الولاية على المال.

الفرع الأول: تعريف الولاية وأنواعها.

تكتسي الولاية أهمية بالغة في إبرام العقود، خاصة إذا تعدّرت على الأصيل مباشرة ذلك بسبب قصور في أهليته، وهو الأمر الذي يستدعي تدخّل الولي من أجل مباشرة بعض التصرفات نيابة عن القاصر، لا سيما المالية منها وعلى هذا الأساس سيتم التدقيق في الولاية من حيث تعريفها وأنواعها كما يلي:

أولا: تعريف الولاية.

قبل التفصيل في كلّ ما يتعلّق بالولاية، ينبغي التعرّض للمعنى اللّغوي والاصطلاحي وفقا لما يلي:

أ- تعريف الولاية في اللّغة.

الولاية في اللّغة من وُلّي بمعنى القُرب والدّنو، بالفرنسيّة (la tutelle)⁽²⁾، وفي الانجليزيّة (Rule)⁽³⁾، والوليّ هو الاسم منه ويعني المحبّ والصديق والتّصير، وللولاية أيضا معنى السّلطان والإمارة والخطّة⁽⁴⁾، والولاية هي قرابة حكميّة⁽⁵⁾.

فالولاية من النّاحية اللّغوية ترتبط بالقرابة ومباشرة السّلطة على الغير.

ب- تعريف الولاية في الاصطلاح.

وردت عدّة تعريفات بشأن الولاية ولعلّ أهمّها أنّها "تنفيذ القول على الغير شاء أم أبى"⁽⁶⁾، وهذا التعريف يخصّ ولاية الإجماع، كما عرّفت الولاية على أنّها القدرة على إنشاء العقد نافذا⁽⁷⁾، ويُعتبر هذا التعريف أشمل من حيث النّص على الولاية بأنواعها.

(1) محمد صبري السعدي. شرح القانون المدني الجزائري النّظرية العامّة للإلتزامات. دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ط2، 2004، ج1 ص145.

(2) ابتسام القرام. المصطلحات القانونيّة في التشريع الجزائري. ص 60.

(3) محمد رواس قلعة جي؛ حامد صادق قنيبي. معجم لغة الفقهاء. ص 511.

(4) الفيروز أبادي. القاموس المحيط. ص 1781.

(5) الجرجاني. التّعريفات. ص 377.

(6) ابن عابدين. حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبوحنيفة. ج3 ص 55.

(7) محمد أبو زهرة. الأحوال الشّخصية. ص 107.

ويمكن تعريف الولاية من حيث هدفها على أنها: "تدبير الكبير الراشد شؤون القاصر الشخصية والمالية"⁽¹⁾، فهذا التعريف يعتبر أشمل من حيث تحديد أطرافها، وسببها المتمثل في عدم قدرة القاصر في إدارة شؤونه الشخصية والمالية وضرورة تدخل الولي من أجل ذلك.

على أن الولاية مهمة جدية تستدعي حرصا وعناية، بغية الحفاظ على مصالح القاصر، فيتولّاها الولي الذي هو من يتولّى حقّ النّظر فيما فيه حظّ للمولّى عليه، في ماله بإنشاء العقود وتنفيذها⁽²⁾. فالوليّ له من السّلطة ما يجعله يقوم مقام القاصر، حتى يستطيع متابعة تصرّفاته والتزاماته تجاه الغير تداركا للقصور الذي يمنع القاصر من مباشرة تصرّفاته بنفسه.

ثانيا: أنواع الولاية.

تنقسم الولاية إلى ولاية قاصرة وولاية متعدّدة، فالقاصرة يقصد بها قدرة المتعاقد على إنشاء العقد الخاص بنفسه وتنفيذ أحكامه، وأمّا الولاية المتعدّية فهي قدرته على إنشاء العقد الخاص بغيره بإقامة من الشّارع⁽³⁾.

وتنقسم الولاية المتعدّية إلى ولاية على المال وولاية على النّفس، فالولاية على المال هي الإشراف على الشّؤون المالية للقاصر، من استثمار وتصرّفات كالبيع والإجارة والرّهن وغيرها، أي تكون بالقدرة على إنشاء العقود الخاصّة بالأموال، وتنفيذها، وأمّا الولاية على النّفس فهي الإشراف على شؤون القاصر الشخصية من صيانة وحفظ وتأديب وتعليم وتطبيب وتزويج ونحو ذلك⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: ضوابط الولاية على المال.

باعتبار الولاية على المال نوعا من الولاية فذلك يجعل من التّدقيق فيها مسألة هامّة، وخاصّة ما يتعلّق بالولي وما يلزم فيه من شروط، ومدى تدخل القضاء في الحدّ من ولايته لإدارة أموال القاصر وفقا للتّفصيل التّالي:

أولا: مُتولّي الولاية على مال القاصر.

في حالة ما كان للقاصر مال يتولّى الأب الولاية على ماله حفظا واستثمارا اتّفاقا بين الفقهاء، لكنهم اختلفوا فيمن يتولى الولاية بعد وفاة الأب⁽⁵⁾، فرأى الحنفيّة⁽⁶⁾ أنها تثبت للأب ثمّ وصيّّه، ثمّ للجدّ ثمّ وصيّّه،

(1) وهبة الزحيلي . الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 68.

(2) محمد بن عبد العزيز النّمي. الولاية على المال. مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، السعودية، ط1، 2012، ص 50.

(3) محمد أبو زهرة . الأحوال الشخصية . ص 107.

(4) وهبة الزحيلي . الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 68.

(5) وهبة الزحيلي . المرجع نفسه. ج 10 ص 71.

(6) ابن عابدين . حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة. ج3 ص 76.

ثم للقاضي فوصيّه، ورأى المالكيّة والحنابلة⁽¹⁾ أنّها تكون للأب ثمّ لوصيّه ثم للقاضي أو من يقيمه ثمّ جماعة المسلمين إن لم يكن قاض، وأمّا الشافعية⁽²⁾ فالولاية عندهم تكون للأب ثمّ الجدّ ثمّ وصي الباقي منهما، فالقاضي أو من يقيمه، والملاحظ أنّهم خالفوا المذاهب الأخرى في تقديم الجدّ على وصي الأب، وعلى هذا الأساس لا تثبت لغير هؤلاء ولاية المال كالأخ أو العمّ أو الأمّ إلاّ بوصاية من الأب أو القاضي.

على أن تستمرّ الولاية على مال القاصر حتى بلوغه رشيدا، فإذا أصيب بعد ذلك بجنون أو عته فذلك محلّ اختلاف بين الفقهاء، فرأى المالكيّة والحنابلة⁽³⁾ عدم عودة الولاية لمن كانت له بل تكون للقاضي، بينما رأى الحنفية والشافعية⁽⁴⁾ عودتها لمن كانت له قبل البلوغ.

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري فقد تضمّن الإشارة إلى الولاية من خلال المادة 87 التي نصّت على: "يكون الأب وليّا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحلّ الأم محلّه قانونا. وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحلّ الأم محلّه في القيام بالأمور المستعجلة المتعلّقة بالأولاد. وفي حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد".

من خلال نصّ هذه المادة يتّضح مدى المخالفة الجليّة لمختلف مذاهب الفقه الإسلامي، من حيث ترتيب الولي بعد الأب، حيث وُضعت الأم بعد الأب مباشرة، وهو الأمر الذي يُبعد الجدّ الصّحيح بموجب النصّ القانوني من مهمّة تولي الولاية على مال القاصر إذا انعدم الأب، وتتولّى الأم هذه المهمّة في صورة غياب الأب أو حصول طارئ له، على أن تنحصر في القضايا المستعجلة المتعلّقة بالأولاد.

ويتعيّن إثبات حالة الاستعجال حتى يتسوّى المطالبة بإسقاط الولاية، وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا من خلال قرارها الذي نصّ على: "لكن حيث أنّه يتعيّن بالرجوع إلى القرار المطعون فيه (الصّادر عن الغرفة الاستعجالية لمجلس القضاء)، أنّ قضاة المجلس استندوا إلى كون الطّاعنة لم تقدّم ما يثبت ما هو منسوب إلى المطعون ضدها، وانتفاء عنصر الاستعجال والخطر بالنّسبة لحفيد الطّاعنة، فضلا عن عدم مطالبة هذه الأخيرة بإسقاط ولاية البنت- الأصغر سنّا من الابن- عن أمّها المطعون ضدها، وبالتالي فإنّ قضاة المجلس لم يخالفوا نصّ المواد المُشار إليها في الوجه، فضلا على أنّ قضاة المجلس غير ملزمين بما جاء في التّحقيق الذي أجرته المحكمة وبما صرّح به الإبن موضوع طلب إسقاط ولايته عن أمّه، وعليه فإنّ هذا الوجه غير سديد ويتعيّن رفضه... لكن حيث أنّ قضاة المجلس سبّبوا قرارهم تسببيا كافيا لما استندوا إلى انعدام الدّليل

(1) بن جزي. القوانين الفقهية. ص 333 وما بعدها؛ ابن قدامة المقدسي. الشرح الكبير على متن المقنع. ج 4 ص 562؛ ابن قدامة. المغني. ج 7 ص 346.

(2) الرملي. نهاية المحتاج. ج 5 ص 454.

(3) الدسوقي. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. ج 3 ص 293؛ ابن قدامة. المغني. ج 6 ص 292 و ج 7 ص 346.

(4) ابن عابدين. حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة. ج 3 ص 66؛ الرملي. نهاية المحتاج. ج 6 ص 104.

لإسقاط الولاية عن المطعون ضدها، خاصة وأنّ لها بنتا أصغر من الابن موضوع طلب إسقاط الولاية، ولم تُقدّم الطّاعنة ما يثبت ما هو منسوب للمطعون ضدها، ولا يُعقل إسقاط الولاية عن الأم استنادا إلى مجرد تصريحات لا تترى إلى مرتبة الدّليل...⁽¹⁾.

كما زاد المشرّع من تأكيده على تأصيل دورها من خلال منحها الولاية بعد الطّلاق بنصّه على أنّ القاضي يمنح الولاية لمن أسندت له الحضانة، والتي غالبا ما تستأثر بها الأم ويحكم لها بها لأنّها الأحقّ بها شرعا وقانونا، وهو ما يُناقض الفقرة الأولى من نفس المادة حيث تسند للأم الولاية والأب لا يزال على قيد الحياة.

وهو ما زكّته المحكمة العليا وفقا لمبدأ ينصّ على أنّ إسناد الحضانة للأمّ، بعد الطّلاق، بدون منح الولاية لها، خرق للقانون، وهذا من خلال القرار الذي نصّ على: "حيث متى طالبت الطّاعنة أمام محكمة الدّرجة الأولى وأمام المجلس بأن تسند لها حضانة طفلها البالغ من العمر 37 شهرا وكذا مطالبتها وتمسّكها بالولاية عليه. وحيث لما قضى قضاة الموضوع بإسناد حضانة الطفل (ع) دون منحها الولاية عليه يكونون قد خالفوا أحكام المادة 87 من قانون الأسرة في فقرتها الأخيرة، الأمر الذي يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يتعلّق بالولاية"⁽²⁾.

كما نصّت المادة 92 من قانون الأسرة الجزائري على: "يجوز للأب أو الجدّ تعيين وصيّ للولد القاصر إذا لم تكن له أمّ تتولّى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطّرق القانونية وإذا تعدّد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصلح منهم مع مراعاة أحكام المادة 86 من هذا القانون".

فبعد استبعاد الجدّ من أي دور في النّيابة الشرعية بموجب المادة 87 في نطاق الولاية ومنح الأفضليّة للأمّ، عاد المشرّع وأدرجه بعد الأب، في حالة ما توفيت الأم أو كانت غير مؤهلة قانونا في إطار الوصاية التي تمثّل كذلك إحدى صور النّيابة الشرعية، وهو ما يعكس في الحقيقة تخبّطا غير واضح من المشرّع في حسم أمر ترتيب من يتولّى الولاية على مال القاصر.

لكن من خلال تفحص نصوص القانون المدني الفرنسي، يتّضح جليّا مدى تأثر المشرّع الجزائري به من خلال التّسوية في الولاية على القاصر بين الأب والأمّ، وهو ما شملته المادة 1384 في فقرتها الرابعة⁽³⁾ التي تضمّنت فكرة التّضامن في تحمّل المسؤولية بين الأب والأمّ، أثناء ممارسة الولاية على الأولاد المقيمين معهما

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والمواريث- قرار صادر بتاريخ 2012/10/11 ملف رقم 12-1410 غير منشور. (أنظر: لحسين بن شيخ آث ملويا. المرشد في قانون الأسرة. ص 300 و 301).

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 2009/01/14- ملف رقم 476515 - (المجلة القضائية لسنة 2009. العدد الأول ص 267).

(3) voir l'article 1384 du code civil français "Le père et la mère, en tant qu'ils exercent l'autorité parentale, sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux." Modifié par Loi n°85-1372 du 23 décembre 1985 - art. 8 JORF 26 décembre 1985 en vigueur le 1er juillet 1986. (voir: www.legifrance.gouv.fr).

إذا ما تسبّب هؤلاء في إحداث ضرر للغير، وهو الأمر الذي يجعل من الأم تأتي قبل غيرها من أقارب القاصر في تولّي الولاية على ماله، الأمر الذي وضع المشرّع في حالة جمع المتناقضات في هذه المسألة، ويُبعد الجدّ عن تولّي الولاية على أموال حفيده حتى بانعدام الأم، وما يزيك هذه الفكرة هو ما نصّت عليه المادة 468 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي نصّت على: "تخضع إدارة أموال القصر في حالة وفاة الوالدين، إلى رقابة القاضي"، وعلى هذا الأساس لا يمكن أن يتدخل الجدّ ويفرض الرقابة المباشرة على أموال القاصر.

كما أنّ اتفاقية حقوق الطفل تضمّنت الإشارة إلى التسوية بين الوالدين في تولّي أمر تربية الأولاد، وهو ما يعني أن يكون الولاية بالسوية بينهما، وهو ما أشارت إليه المادة 18 من الاتفاقية بنصّها على: "تبذل الدول الأطراف قصارى جهدها لضمان الاعتراف بالمبدأ القائل إن كلا الوالدين يتحملان مسؤوليات مشتركة عن تربية الطفل ونموه. تقع على عاتق الوالدين أو الأوصياء القانونيين، حسب الحالة، المسؤولية الأولى عن تربية الطفل ونموه. وتكون مصالح الطفل الفضلى موضع اهتمامهم الأساسي".

كما أنّ المحكمة العليا قد جعلت من منح الولاية لغير الأم بعد وفاة الأب خطأ مخالفا للقانون، وهو ما عالجته القرار الذي نصّ على: "من المقرر قانوناً أنّه في حالة وفاة الأب تحلّ الأم محلّه وفي حالة تعارض مصالح الوليّ ومصالح القاصريعيّن القاضي متصرفاً خاصّاً تلقائياً أو بناء على طلب من له مصلحة". ولما كان ثابتاً أنّ قضاة المجلس لمّا قضوا بمنح الولاية لغير الأم بعد وفاة الأب دون إثبات التعارض بين مصالح القصر ومصالح الوليّ فإنّهم قد خالفوا القانون⁽¹⁾.

فقد تتعارض مصالح الوليّ والقاصر إذا كان التصرف لصالح الوليّ أو ممثّل عنه، فيتدخل القاضي بتعيين متصرف خاص يقوم بمراقبة مدى تطابق التصرف مع مصلحة القاصر⁽²⁾.

وتُعَدّ الولاية مهمّة ذات طابع شخصي وإجباري وتمارس مجاناً، ولا تنتقل إلى الورثة، ولأنّها إجباريّة فقد شرعت لحماية القصر، ولا يجوز رفضها إلاّ لمبرّر جوهري، فهي واجبة بسبب القرابة أو المصاهرة، وذلك بقوة القانون، على أن تكون بدون أجر باستثناء ما يتطلّب فيها من تكاليف ضروريّة⁽³⁾.

لقد أشار المشرّع المغربي إلى ترتيب من يتولّى النيابة الشرعية حسماً للخلافات التي قد تنشأ، حيث يتولّاها الأب الرّاشد، ثمّ الأم الرّاشدة في حال انعدام الأب أو فقدانه أهليته، ثمّ وصيّ الأب، ثمّ وصيّ الأم، ثمّ القاضي، ثمّ مقدّم القاضي، وفقاً للمادة 231 من المدوّنة، كما أنّه في حالة وجود وصيّ الأب مع الأم فإنّ مهمّته تقتصر على تتبّع تسيير الأم لشؤون الموصى عليه ورفع الأمر إلى القضاء عند الحاجة، ولا سيما سوء تديرها⁽⁴⁾.

(1) المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1997/12/23 - ملف رقم 187692 - (المجلة القضائية لسنة 1997. العدد الأول ص 53).

(2) لحسين بن شيخ آث ملويا. المرشد في قانون الأسرة. ص 307.

(3) الغوثي بن ملحة. قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء. ص 205.

(4) عبد الكريم شهبون. الشافي في شرح مدوّنة الأسرة. ج 2 ص 72.

كما اهتمّ المشرّع التونسي بمسألة ترتيب من يستحقّ الولاية فجعل الأب في المقام الأول ثمّ أمّه إذا توفي الأب أو فقد أهليته، وفي حال وفاة الأبوين ولم يكن للقاصروصيّ وجب أن يقدّم عليه الحاكم، وفقاً للفصل 154، فالولاية على القاصر ثابتة للأب، للأُم بعده ثم الوصيّ وهذا حكم بقوة القانون، ولا يبطل إلا إذا أذن الحاكم بغير ذلك لأسباب شرعية يجب أن يذكرها في حكمه⁽¹⁾.

ثانياً: شروط تولّي الولاية على مال القاصر.

حتى يكون الولي على أموال القاصراًهلاً لذلك ينبغي أن يستوفي بعض الشروط التي يمكن تبينها كما يلي:

1- أن يكون الولي مكتمل الأهلية، فمن لم تكن له الولاية على ماله لا يمكن أن يصلح للتصرف على مال غيره⁽²⁾.

2- يجب أن يكون الولي متّحد الدّين مع القاصر، فإذا كان غير مسلم وابنه مسلم بأن أسلمت أمّه وتبعها فالولاية لا تثبت للولي غير المسلم على الابن المسلم⁽³⁾.

3- ألا يكون سفيهاً مبدّراً محجوراً عليه، لأنه من لا يستطيع تولّي أمور نفسه، فلا يمكن أن يتولّى أمور غيره⁽⁴⁾.

بالرغم من عدم إشارة المشرّع الجزائري للشروط التي ينبغي أن تتوفر في الولي، إلا أنّ ذلك يمكن استنباطه من خلال الشروط العامّة التي أوردتها المادة 93 من قانون الأسرة التي حدّدت شروط الوصي من حيث الإسلام والعقل والقدرة والأمانة وحسن التصرف.

ثالثاً: حدود ممارسة الولاية على المال.

يتولّى الولي ممارسة سلطته على مال القاصرووفق أطُرٍ معيّنة، فتصرف الولي في مال موليّه يكون منوطاً بمدى تحقيق المصلحة له، وعلى هذا لا يمكنه مباشرة التصرفات التي من شأنها الإضرار بذمته المالية، كالهبة من ماله أو التصدّق أو البيع والشراء بغبن فاحش، فتصرفه باطل، وبالمقابل يمكنه مباشرة التصرفات النافعة نفعا محضاً كقبول الهبة أو الوصيّة.

(1) أحمد نصرالجندي. الأحوال الشخصية في القانون التونسي. ص 234.

(2) أضاف المالكيّة شرط الذكوريّة وهو ما يتعارض مع نصّ المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري. (أنظر: بن جزي. القوانين الفقهيّة. ص 335)، وقال الحنابلة أنّ شروط الولي: العقل والحرية والإسلام والذكورية والبلوغ والعدالة. (أنظر: ابن قدامة. المغني. ج 7 ص 353).

(3) كمال حمدي. الولاية على المال. منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003، ص 36.

(4) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 72.

فإذا كان الأب مبدّراً لا ولاية له على أموال القاصر، وعليه تسليم المال لوصي يختاره⁽¹⁾، وإن كان غير مبدّر فبإمكانه البيع والشراء بمال القاصر عند المالكية والحنفية⁽²⁾ منقولاً أو عقاراً، إذا كان بغبن يسير أو بمثل الثمن، ولا ينفذ العقد إذا كان الغبن فاحشاً، لكن الشراء ينفذ على الولي عند الحنفية لإمكان نفاذه عليه، على العكس من البيع للضرر الذي قد يلحق المولي، غير أنّه ليس له أن يتبرّع بشيء من مال الصّغير لما فيه من الضرر المحض، والأمر ينطبق أيضاً على القرض من مال الصّغير لنفسه أو لغيره.

لقد حدّد المشرّع الجزائري من خلال المادة 88 التي حصرت نطاق التصرفات التي يجريها الولي في أموال القاصر، وضبط سلوكه بأن يكون في نطاق تصرف الرجل الحريص في نطاق مقتضيات القانون العام، حيث أشارت إلى: "على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص، ويكون مسؤولاً طبقاً لمقتضيات القانون العام".

فنيابة الولي تعدّ قانونية، حيث بيّن القانون حدودها، وعلى هذا الأساس فالولي يتصرف في نطاق هذه الحدود حتى ينصرف أثر العمل للقاصر، فإن جاوزها فإنّه يفقد صفة النيابة ولا ينتج العمل الذي قام به أثره بالنسبة للقاصر، ولا يجوز الرجوع على هذه الأخيرة إلاّ بقدر المنفعة التي عادت عليه بسببها⁽³⁾.

وإذا ثبت تقصير الولي أو تصرفه بإهمال أو غبن فاحش، يمكن للمحكمة بناء على إرادة القاضي أو النيابة العامة أو من له مصلحة في ترشيد أموال القاصر أن تتدخل لانهاء الولاية أو الحدّ منها.

بل إنّ المشرّع الجزائري وحرصاً منه على حماية أموال القاصر ومصلحته، قد تشدّد بشأن الخروج عن مهام الولي المنوطة به قانوناً، واعتبر ذلك جريمة يعاقب عليها القانون وذلك لحجم المسؤولية الملقاة على عاتق الولي، فرتّب عقوبات جزائية نصّ عليها قانون العقوبات لاسيما المادة 380 التي نصّت على: "كلّ من استغل حاجة لقاصر لم يكمل التاسعة عشرة أو ميلاً أو هوى أو عدم خبرة فيه ليختلس منه التزامات أو إبراء منها أو أية تصرفات أخرى تشغل ذمته المالية وذلك إضراراً به يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 500 إلى 10.000 دج. وتكون العقوبة الحبس من سنة إلى خمس سنوات والغرامة من 1.000 إلى 15.000 دج إذا كان المجني عليه موضوعاً تحت رعاية الجاني أو رقابته أو سلطته وفي جميع الحالات المنصوص عليها في هذه المادة يجوز أن يحكم أيضاً على الجاني بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة 14 وبالمنع من الإقامة وذلك لمدة سنة على الأقل وخمس سنوات على الأكثر".

فضلاً على أنّ المادة 9 مكرّر 1 من قانون العقوبات قد شملت بعض العقوبات التي تمسّ الحقوق المدنية والتي من ضمنها سقوط الولاية كلياً أو جزئياً بناء على ارتكاب الشّخص لإحدى الجرائم الأسرية

(1) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 72.

(2) الدسوقي. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. ج 3 ص 294؛ ابن عابدين. حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة. ج 5 ص 528.

(3) كمال حمدي. الولاية على المال. ص 37.

المنصوص عليها في قانون العقوبات حيث نصّت على: "يتمثل الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية في: 6- سقوط حقوق الولاية كلّها أو بعضها".

الفرع الثالث: إمكانية تدخّل القضاء في إدارة أموال القاصر.

تنبني فكرة إدارة أموال القاصر من قبل الولي على حق الانتفاع القانوني بأمواله وكذا إدارة أمواله، ويمكن للقاضي التّدخل وفقا لسلطاته المخوّلة قانونا لرقابة الولي في ممارسة مهامه، وهو ما يمكن تفصيله كما يلي:

أولا: حق الانتفاع القانوني.

يثبت للأبوين حق الانتفاع في أموال أولادهما من دون محاسبة لحين بلوغهم سنّ الرشد، وبالنسبة لأموال القصر فيتصرّف فيه الأب أو الأم بصفة الولي، وينبغي عليهما استثمارهما، وفي هذا النّطاق تنطبق أحكام المادة 845 وما يليها من القانون المدني الجزائري، كما أنّ المشرّع قد كلّف الأب بنفقة الولد إن لم يكن له مال وهذا واضح من خلال المادة 75 من قانون الأسرة التي نصّت على: "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال...".

ثانيا: إدارة أموال القاصر.

يمكن تسيير أموال القاصر بطريقة مباشرة من طرف الولي أو تحت رقابة القاضي؛ فيستطيع الأب بصفته الولي الشرعي للقاصر التصرف في أمواله، مراعيًا في ذلك سلوك الرّجل الحريص على مصالح القاصر وفقا للمادة 88 من قانون الأسرة، وفي صورة ما تعارضت مصلحة القاصر مع الولي أمكن للقاضي أن يتدخّل بتعيينه متصرفا خاصا من تلقاء نفسه أو بطلب من له مصلحة في ذلك وفقا للمادة 90 من قانون الأسرة الجزائري⁽¹⁾.

ويستطيع القاضي وفقا لسلطته التدخّل بأمر ولائي إذا ثبت لديه تقاعس الولي في مهمّته للحفاظ على أموال القاصر، بفرض جميع الإجراءات التي يراها ضرورية لحماية مصالح القاصر مؤقتا، وفقا للمادة 473 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "إذا قصر الولي أو الوصي أو المقدم في أداء مهامه، يتّخذ القاضي جميع الإجراءات المؤقتة الضروريّة لحماية مصالح القاصر بأمر ولائي".

وتعدّ النيابة العامة طرفا أصليا وينبغي اطلاعها على تفاصيل قضايا القصر، وهو ما تضمّنه قرار المحكمة العليا بنصّه على: "يعتبر إطلاع النيابة العامة على الملفات الخاصّة بالقصر قاعدة جوهرية..."⁽²⁾.

أمّا بخصوص التصرفات التي تقتضي رقابة من القاضي وإذنا خاصا منه فقد شملتها المادة 88 في فقرتها الثانية، فيكون الولي ملزما باستئذان القاضي في كلّ ما له علاقة ببيع العقار، وقسمته ورهنه، وإجراء

(1) الغوثي بن ملحّة. قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء. ص 206...208.

(2) المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1992/12/22 - ملف رقم 84551 - (الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية لسنة 1995 - العدد الأول - ص 47).

المُصالحَة بشأنه، وكذا مايتعلّق بالمنقولات ذات الأهميّة الخاصّة، واستثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض أو المساهمة في شركة، وكلّ ما يتعلّق بإيجار عقّار القاصر لمُدّة تزيد عن ثلاث سنوات، وتمتدّ لأكثر من سنة بعد بلوغ القاصر سنّ الرّشد القانوني.

ويتعيّن على القاضي قبل منح الإذن إلى الأب أن يُراعي حالة الضّرورة والمصلحة، وإذا انصبّ التصرف على عقّار مملوك للمولّى عليه فيجب بيعه وفقا لإجراءات البيع بالمزاد العلني⁽¹⁾.

ويمكن التّفصيل في العمليّات التي تستدعي إذنا من القاضي للولي حتّى يتصرّف في أموال القاصر وفقا للمادة 88 من قانون الأسرة كما يلي:

1- بيع العقّار، وقسمته، ورهنه، وإجراء المُصالحَة.

يجب أن يُراعي الولي في هذه العمليات الواردة على العقّار ضرورة استئذان القاضي، الذي بدوره يراعي المصلحة والضّرورة للتصرّف في العقّار المملوك للقاصر، وأن تتمّ عمليّة بيعه بالمزاد العلني طبقا للمادة 89 من قانون الأسرة الجزائري التي نصّت: "على القاضي أن يراعي في الإذن: حالة الضّرورة والمصلحة، وأن يتمّ بيع العقّار بالمزاد العلني"، ولم تحدّد المواد السّالف ذكرها قيمة العقّار التي تستوجب إذن القاضي بل جاءت عامّة وذلك راجع بالأساس لتقلّبات الأسعار في مجال العقّار، وذلك على عكس المشرّع المغربي الذي نصّ أيضا على فكرة الإذن بينما ربطها بقيمة العقّار أو المنقول الذي يتجاوز قيمة عشرة آلاف درهم مغربي بموجب المادة 271 من المدوّنة.

أمّا بالنسبة لقسمة العقّار فلا بدّ على النّائب أن يراعي ضرورة الرّجوع لرئيس المحكمة من أجل استصدار الإذن، كما أنّ المادة 181 من قانون الأسرة الجزائري في فقرتها الثّانية اشترطت القسمة القضائيّة إذا كان من بين الورثة قاصر حيث نصّت على: "...وفي حالة وجود قاصر بين الورثة يجب أن تكون القسمة عن طريق القضاء"، وكذلك الأمر فيما يخصّ رهن العقّار رسميّاً أو حيّازيا.

في هذا السّياق عملت المحكمة العليا على ضرورة أن يخضع تقسيم العقّار إلى إذن القاضي وفقا للقرار الذي نصّ على: "من المقرّر قانونا أنّ تقسيم عقّار القاصر من بين التصرفات التي يستأذن الولي فيها القاضي، ومن المقرّر أيضا أنّ للقاضي أن يقرّر من تلقاء نفسه عدم وجود إذن برفع الدّعوى متى كان ذلك لازما ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذين المبدئين يعدّ خطأ في تطبيق القانون. ولمّا كان من الثّابت- في قضيّة الحال- أنّ الطّاعنة لم تستأذن المحكمة في تقسيم عقّار القصر وفي رفع الدّعوى وأنّ قضاة المجلس بتأييدهم للحكم القاضي بصحّة تلك الإجراءات خرّقوا القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه"⁽²⁾.

(1) عبد العزيز سعد . إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية. ص 105.

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1988/12/19- ملف رقم 51282- (الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية لسنة 1991- العدد الثاني- ص 63).

كما أنّ إجراء المصالحة يعدّ تصرّفا خطيرا، لأنّه قد ينهي نزاعا يتمحور حول إمكانية التنازل على حقّ معيّن للقاصر قد يؤدّي إلى الإضرار بماله، لذلك ضمّه المشرّع لطائفة التصرفات التي تستدعي إذن القاضي، وإن كانت المادة قد جاءت به في سياق العقّار دون المنقول.

كما أنّه ينبغي أن تتحقّق صفة الوليّ حتى يخضع لرقابة القضاء، وهو ما تبنته المحكمة العليا من خلال قرارها الذي نصّ على: "من المقرّر قانونا أنّه على الوليّ أن يستأذن القاضي المختصّ في إبرام كلّ عقد إيجار يتعلّق بأموال القاصر، ومن ثمّ فإنّ النّعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون غير مؤسّس. ولما كان من الثّابت في قضية الحال- أنّ الطّاعن تصرّف بمحض إرادته في ملك قاصرة ليس له عليها صفة وليّ، فإنّ قضاة الموضوع بتحميلهم إياه المسؤولية النّاتجة عن تصرّفه هذا طبّقوا صحيح القانون"⁽¹⁾.

2- بيع المنقولات ذات الأهميّة الخاصّة.

فضلا عن التّفصيل الواردة بشأن ضرورة الحصول على الإذن للتصرّف في العقّار، فقد أضاف المشرّع المنقولات، غير أنّه خصّها بوصف الخاصّة وهو وصف غامض غير واضح المعنى ويترك المعنى للقاضي في إطار سلطته التّقديرية لإعطاء الإذن، وبالمعنى المخالف للنّص يمكن أن يتصرّف الوليّ في المنقول العادي والذي لا يمثل قيمة معتبرة، أو المنقول المنصبّ حول بيع الثّمار المعرّضة للتلف دون انتظار إذن من القاضي.

كما أنّ المشرّع المغربي قد أضاف جزئية مهمّة، وتتعلّق بعدم الحاجة لاستصدار الإذن بخصوص المنقولات المعرّضة للتلف إذا تجاوزت قيمتها خمسة آلاف درهم، والعقارات أو المنقولات التي لا تتجاوز قيمتها خمسة آلاف درهم، شريطة أن لا يُستعمل هذا البيع للتهرّب من الرقابة القضائية، وهو ما شملته المادة 272 من المدوّنة، ويمكن تقويم المنقول في غير الحالة الاستثنائية أو العقّار من طرف الوصيّ أو المقدّم بواسطة خبير قضائي للتأكّد من قيمته⁽²⁾.

3- استثمار أموال القاصر بالإقراض، أو الإقتراض أو المساهمة في شركة.

حتى تتأكّد المحكمة من أنّ الاقتراض تدعو إليه حاجة ملحّة للقاصر، أو أنّ الإقراض يكون لشخص مأمون خوفا من ضياع ماله، فلا يمكن للوليّ أن يُباشِر ذلك إلّا بالحصول على الإذن⁽³⁾، كما أنّ الاستثمار في شركة فيه خطر على أموال القاصر بسبب احتمال الرّبح أو الخسارة، وتنافي ذلك مع مصلحة القاصر وضرورة الحفاظ على أمواله أو تنميتها.

كما أنّ دفع ديون القاصر وتحصيل ديونه لدى الغير هي أعمال ذات أهميّة على اعتبار أنّ عدم تسديد الدّين قد يضرّ الذمّة الماليّة للقاصر من خلال الفوائد التّأخيرية في حالة التخلّف عن الدّفع.

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 10/04/1991- ملف رقم 72353- (المجلة القضائية لسنة 1993. العدد الثالث ص 115).

(2) عبد الكريم شهبون. الشّافي في شرح مدوّنة الأسرة. ج 2 ص 106.

(3) كمال حمدي. الولاية على المال. ص 51.

4- إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد.

جاءت المادة محددة للمدة التي لا ينبغي تجاوزها لإيجار العقار المملوك للقاصر، حيث لا بد من الرجوع للقاضي في حالة تجاوزت المدة الثلاث سنوات، أو تجاوز السنة الواحدة بعد بلوغ القاصر سن الرشد، وإن كانت المادة قد اشتملت على العقارات دون تفصيل.

وقد أشارت المحكمة العليا إلى أن إيجار عقار يملكه القاصر ينبغي أن يرجع فيه الولي أيًا كان بما في ذلك الأم، إلى القضاء، لأن حماية حقوق القاصر تعد من النظام العام، وذلك واضح من خلال القرار الذي نص على: "من المستقر عليه فقها وقضاء بأن أحكام الشريعة الإسلامية، أن الأم (الوليّة) لا تتصرف في حق ابنها القاصر إلا بعد الرجوع إلى العدالة، وأن حماية حقوق القاصر من النظام العام يجوز التمسك بها في أية مرحلة كانت عليها الدعوى، فإنه من المتعين تطبيق هذا الحكم عند تصرف الولي في حق القاصر. وللقضاء بخلاف هذا المبدأ، استوجب نقض القرار الذي رتب آثارا قانونية لصالح الوكيل المستندة إليه الوكالة من الأم في حق ابنها القاصر والمتعلقة بحقه في إيجار شقة تركها له والده" (1).

لم يحدد المشرع الجزائري سقفًا معينًا للمبالغ التي تمثل أموال القاصر، والتي يخضع فيها الولي لرقابة القضاء، على عكس المشرع المغربي الذي حددها بـ 200 ألف درهم، والتي في حال تجاوز أموال القاصر لهذا المبلغ كان على الولي أن يُخطر المحكمة بذلك، حتى يتسنى للقاضي المكلف بشؤون القاصرين فتح ملف للنياحة الشرعية وجوبا (2).

ثالثًا: انتهاء الولاية على المال.

لا يمكن أن تبقى مهمة الولي في تسيير أموال القاصر بدون حدود، حيث أنها تكون واجبة بمسببات وتنقضي وتزول كذلك، وتطرق المشرع الجزائري لحالات انتهاء الولاية من خلال المادة 91 من قانون الأسرة التي نصت على: "تنتهي وظيفة الولي: 1- بعجزه، 2- بموته، 3- بالحجر عليه، بإسقاط الولاية عنه".

إن أهم ملاحظة يمكن إبدائها بخصوص تعدد حالات انتهاء وظيفة الولي تتعلق بما هو خارج عن نطاقه ويتعلق الأمر بعجزه أو موته، حيث أنه بموت الولي تنقضي ولايته على القاصر ولا تنتقل هذه المهمة إلى الورثة (3).

وهناك ما هو من عمل القضاء لاسيما فيما يتعلق بالحجر عليه وهو الأمر الذي يستدعي صدور حكم قضائي، أو بإسقاط الولاية عنه والتي تكون أيضا بموجب عمل قضائي، بناء على رأي القاضي الذي قد يُعاين مدى تقصير الولي في وظيفته، أو استجابة لدعوى يرفعها من له مصلحة في الحفاظ على أموال القاصر

(1) المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1986/06/30 - ملف رقم 41470 - (المجلة القضائية لسنة 1989. العدد الثاني ص 81).

(2) عبد الكريم شهبون. الشافي في شرح مدونة الأسرة. ج 2 ص 74.

(3) كمال حمدي. الولاية على المال. ص 64.

خاصّة إذا ثبت عدم كفاءة الولي لتولّي هذه المهمة، فضلا على إمكانية إسقاطها عنه بموجب المادة 9 مكرّر 1 من قانون العقوبات التي نصّت على: "يتمثّل الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية في...6- سقوط حقوق الولاية كلّها أو بعضها".

وبطبيعة الحال تنتهي مهمة الولي ببلوغ القاصر سنّ تسعة عشر سنة كاملة راشدا وفقا لمبادئ القانون المدني فيما يخصّ الأهلية القانونية ولا سيما أهلية الأداء.

كما أنّ قانون الأسرة لم يوضّح كفاية كيف تكون مسؤولية الولي بالرغم من نصّه في المادة 88 من قانون الأسرة على ضرورة أن يمارس وظيفته وفقا لسلوك الرّجل الحريص طبقا لمقتضيات القانون العام⁽¹⁾. ويمكن إنهاء ممارسة الولاية أو سحبها بصفة مؤقتة بموجب طلب من طرف أحد الوالدين أو ممثّل النيابة العامة أو من له مصلحة، ويكون في شكل دعوى استعجالية، وفقا لما نصّت عليه المادة 453 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ويمكن للقاضي من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أحد الوالدين أو النيابة العامة أن يستمع إلى الأب والأم أو أي شخص يرى في سماعه فائدة، وكذا سماع القاصر إذا كانت سنّه أو حاله تسمح بذلك، كما يمكنه إجراء تحقيق اجتماعي أو فحص طبي، وهو ما أشارت إليه المادة 454 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ويتولى القاضي جمع المعلومات الخاصة بعائلة القاصر، وسلوك والديه، وبإمكانه اتّخاذ ما يراه ضروريا من تدابير مؤقتة بخصوص الولاية، بما في ذلك إسناد الحضانة لأحد الوالدين أو لأحد مستحقّيها في قانون الأسرة، ويجوز للقاضي وفقا للمادة 461 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلغاء تدابير الإنهاء أو السحب المؤقت للحقوق المرتبطة بممارسة الولاية كلياً أو جزئياً، بطلب من والد القاصر الذي أسقطت الولاية عنه.

الفرع الرابع: إجراءات مراقبة الولاية على المال.

جاء قانون الإجراءات المدنية والإدارية مُتضمّناً لدور القاضي في الرّقابة على أعمال الولاية، وهو ما شملته المادة 465 التي نصّت على: "يمكن للقاضي مراقبة الولاية من تلقاء نفسه أو بناء على طلب ممثّل النيابة العامة أو بطلب من أي شخص تهّمه مصلحة من وُضع تحت الولاية"، فالواضح أنّ رقابة الولاية تخضع لنظام متعدّد من الاهتمام هدفه الأساسي هو صيانة مال القاصر.

أولاً: الاختصاص القضائي لنظر مسألة الولاية.

يمكن الالتجاء للقضاء للفصل في أمور الولاية مع ضرورة مراعاة قواعد الاختصاص النّوعي والإقليمي.

1- الاختصاص النّوعي.

يمكن رفع الدّعاوى المتعلّقة بالولاية أمام قسم شؤون الأسرة وهو ما تبنته المادة 423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في فقرتها الخامسة بنصّها على: "ينظر قسم شؤون الأسرة، على الخصوص في الدّعاوى الآتية...5- الدّعاوى الخاصة بالولاية وسقوطها...".

(1) الغوثي بن ملحّة. قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء. ص 209.

2- الاختصاص الإقليمي.

ينبغي رفع دعوى الولاية أو سقوطها أمام قسم شؤون الأسرة للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان ممارسة الولاية، وفقا للفقرة التاسعة من المادة 426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي نصّت على: "تكون المحكمة مختصة إقليميا: 6- في موضوع الولاية بمكان ممارسة الولاية"، وهو ما شملته المادة 464 أيضا من خلال تفصيلها في أمر الولاية على المال بنصّها على: "يؤول الاختصاص الإقليمي إلى المحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها مكان ممارسة الولاية على أموال القاصر".

ثانيا: رقابة القاضي على أموال القاصر

حدّد قانون الإجراءات المدنية والإدارية في هذا السياق نطاق ممارسة القاضي لمهمّته بخصوص الولاية على أموال القاصر من تلقاء نفسه أو بطلب من النيابة العامة أو من له مصلحة، وهو ما أشارت إليه المادة 465 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ولتفعيل هذه المهمة يمكنه الاستعانة بسماع كلّ من لديه إفادة من شأنها الإسهام في رقابة أجدى على الولاية، وهو ما أشارت إليه المادة 466 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

فلقاضي شؤون الأسرة السلطة في مراقبة أعمال الولي وشؤون الولاية على مال القاصر لحمايتها من الإسراف والتبذير وسوء التصرف وإساءة الاستعمال، من تلقاء نفسه أو بناء على طلب النيابة العامة، أو بطلب من أي شخص تهّمه مصلحة القاصر.

فإذ كانت الرقابة بناء على إرادة القاضي أو بطلب من النيابة العامة فيمكن استدعاء أي شخص يمكن أن يفيد سماعه للاستئناس برأيه، وذلك بمجرد استدعاء عادي تقوم به المحكمة أو النيابة، أمّا إذا كانت أعمال الرقابة مبنية على طلب الغير سيكون ملزما بتحمّل إجراءات التكليف بالحضور إلى الجلسة التي سيعقدها القاضي للفصل في ممارسة الرقابة على أعمال الولي⁽¹⁾.

ثالثا: إتخاذ التدابير المؤقتة لحماية أموال القاصر.

يوجّه طلب ممارسة الرقابة إلى أمانة الضبط بالمحكمة التي يقع موطن ممارسة الولاية على أموال القاصر في نطاق اختصاصها الإقليمي، وإذا رأى القاضي احتمال تعرّض أموال القاصر للإهمال، فيجوز له أثناء إجراءات الفصل في الطلب أن يأمر باتخاذ التدابير المؤقتة اللازمة لحماية هذه الأموال، وهذا العمل هو أمر ولائي لا يكون قابلا للطعن وهذا في حياة الوالدين، وهو ما نصّت عليه المادة 467 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يمكن للقاضي، قبل الفصل في الموضوع، أن يأمر باتخاذ التدابير المؤقتة لحماية مصالح القاصر. هذا الأمر غير قابل لأي طعن".

(1) عبد العزيز سعد . إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية. ص 107.

وفي حالة وفاة الوالدين فالرقابة تكون من مهام قاضي شؤون الأسرة بالمحكمة التي يوجد بدائرة اختصاصها الإقليمي موطن ممارسة الولاية على مال القاصر⁽¹⁾، وهو ما شملته المادة 468 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي نصّت على: "تخضع إدارة أموال القصر في حالة وفاة الوالدين، إلى رقابة القاضي".

كما أنّ جميع المنازعات المتعلقة بالولاية على مال القاصر ترفع أمام قاضي شؤون الأسرة، وفي حالة الاستعجال يفصل فيها وفقا للإجراءات الاستعجالية وفقا للمادة 474 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وتكون هذه الأحكام قابلة للطعن، كما أنّ قاضي شؤون الأسرة يتولّى النظر في المنازعات المتعلقة بحسابات الولاية وإدارتها، وكذا المنازعات المتعلقة كذلك بحسابات الولاية من طرف القاصر البالغ أو المرشد، فضلا عن المنازعات المتعلقة بتصرفات القاصر بعد بلوغه سنّ الرشد وفقا للمواد 476 و 477 و 478 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وقد نصّ المشرع المغربي على فكرة تستدعي الثناء من خلال تقديم تقرير دوري كلّ سنة من طرف الولي للقاضي، حتى يمكن للقاضي الوقوف على الوضعية المالية بآخر تحييناتها، وتبيّن مدى جدية الولي في القيام بدوره، فإذا تبين له وجود تقصير يتعيّن له إشعار المحكمة لاتخاذ كلّ ما تراه مناسبا للمحافظة على أموال المحجور عليه ومصالحه المادية والمعنوية⁽²⁾.

المطلب الثاني : دور الوصي في إدارة وحماية أموال القاصر.

تعتبر الوصاية طريقا آخر لتثبيت النيابة الشرعية على أموال القاصر، الذي يُخشى أن يعرض ثروته للزوال أو الإفلاس، فكانت هذه الطريقة فضلا على الولاية كسبيل لتحصيله من كلّ ما شأنه المساس بزمته المالية، وعلى هذا الأساس سيتمّ التطرّق للوصاية على أموال القاصر وفقا لما يلي:

الفرع الأول: تعريف الوصاية وشروط مُتولّيها.

الفرع الثاني: إجراءات تثبيت الوصاية أو رفضها.

الفرع الثالث: سلطات الوصي على أموال القاصر وحدودها.

الفرع الرابع: انتهاء الوصاية وأثارها.

الفرع الأول: تعريف الوصاية وشروط مُتولّيها.

يكتسي تبين معنى الوصاية أهمية بالغة باعتبارها سبيلا لحماية أموال القصر، فضلا على ضرورة إسنادها لمن هو أهل لها، ولذلك سيتمّ تبين ذلك وفقا للتفصيل التّالي:

(1) عبد العزيز سعد .المرجع نفسه. ص 107.

(2) عبد الكريم شهبون. الشّافي في شرح مدوّنة الأسرة. ج 2 ص 75 .

أولاً: تعريف الوصاية.

يقترّب المعنى العام للوصاية من الولاية وذلك لأنّهما يهدفان لتحقيق هدف مشترك، ومع ذلك لابدّ من تبين مختلف النواحي اللغوية للوصاية من حيث اللغة والاصطلاح.

1- تعريف الوصاية في اللغة.

الوصاية من وصّيت الشّيء بالشّيء أصيه من باب وعد وصّلتُهُ ووَصَّيْتُ إِلَى فُلَانٍ⁽¹⁾، في اللغة الفرنسيّة (La Tutelle Testamentaire)⁽²⁾، وفي الانجليزيّة (Guardianship)⁽³⁾، وهي الولاية على القاصر، والوصيّ هو من يقوم على شؤون الصّغير ويطلق أيضاً على النّبات المُلتفّ⁽⁴⁾، والأرض وصيا ووَصِيّا ووصاء ووصاءة بمعنى اتّصل نباتها⁽⁵⁾.

من خلال المعاني اللّغوية يتّضح مقاربتها للوصيّة وكذا الإشراف على القاصر.

2- تعريف الوصاية في الاصطلاح.

وردت العديد من التعاريف في شأن الوصاية، ومن بين أهمّها أنّها نظام قانوني مقرّر لحماية مصالح القاصر الذي لا وليّ له، أو بمعنى أدقّ أنّها وظيفة قانونيّة تعمل على منح السّلطة لشخص يسهر على نيابة القاصر وإدارة أمواله⁽⁶⁾.

من خلال هذا التعريف يتّضح أنّ الوصاية تُعدّ نظاماً بديلاً للولاية في ظلّ عدم وجود الأشخاص المكلفين شرعاً أو قانوناً بممارستها، وعلى هذا الأساس فالوصيّ هو نائب قانوني عن القاصر في إبرام التصرّفات ذات الصّبغة الماليّة التي الهدف منها هو صيانة أمواله وتنميتها حين بلوغه راشداً.

بالرجوع إلى المشرّع الجزائري فلم يُفرد تعريفاً خاصاً للوصاية ولا الوصي، وإنّما خصّها بمواد معيّنة من قانون الأسرة في نطاق النّيابة الشرعيّة، من خلال المواد 92 إلى 98 والتي جاءت متضمّنة أنّ الوصاية تكون بناء على اختيار الأب أو الجدّ للوصيّ إذا لم توجد للقاصر تتولّى أموره، وفي صورة ما تعدّد الأوصياء⁽⁷⁾ يكون للقاضي اختيار الأصلح لتولّي مهمّة الوصاية.

(1) الفيومي. المصباح المنير. ص 254.

(2) ابتسام القرّام. المصطلحات القانونيّة في التشريع الجزائري. ص 59.

(3) محمد رواس قلعة جي؛ حامد صادق قنيبي. معجم لغة الفقهاء. ص 504.

(4) إبراهيم مصطفى وآخرون. المعجم الوسيط. ص 1038.

(5) الفيروز أبادي. القاموس المحيط. ص 1759.

(6) كمال حمدي. الولاية على المال. ص 77.

(7) يمكن التمييز بين الوصيّ المختار والعام: فالوصي المختار: هو الذي يعينه الأب أو الجد للإشراف على أموال أولاده أو أحفاده، وأمّا وصي القاضي هو الذي يعينه القاضي للإشراف على التركة والأولاد. (أنظر: وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 75).

ثانيا: شروط الوصي.

يتولى الوصي مهمته وفق أطرمعيّة في ظلّ انعدام الأمّ أو عدم أهليتها للقيام بواجباتها تجاه ابنها القاصر، وعلى ضوء مفهوم الوصاية يمكن تعريف الوصي الذي وردت في شأنه العديد من التعريفات أنّه الشّخص الذي يقوم مقام القاصر في إدارة أمواله واستثمارها والمحافظة عليها إلى أن يبلغ سنّ الرّشد⁽¹⁾. وعزّف الوصي أيضا أنّه: "المأمور بالتصرّف بعد الموت"⁽²⁾، فواضح مدى اقتصار هذا التعريف على تصرّف الوصي في أموال القاصر بعد وفاة من عينه لذلك، وهو الأمر الذي لم يأخذ به المشرّع الجزائري الذي بالرغم من عدم إفراد تعريف خاصّ للوصي، إلّا أنّه أشار إلى جواز تعيينه من طرف أب أو جدّ القاصر في حياتهما من خلال المادة 92 من قانون الأسرة.

وهذه المهمة منوطة بانعدام أو عدم أهلية المكلفين بالولاية، وحتى يُعتدّ بالدور المنوط بالوصي يجب أن يستوفي جملة من الشّروط يمكن حصرها فيما يلي:

1- البلوغ: يُعتبر شرطا أساسيًا في كلّ التصرّفات لأنّ عدم توقّره يعني قصور النّظر لدى القاصر فلا يستطيع التّمييز بين المصلحة والمضرة.

2- العقل: يُعتبر شرطا لازما كذلك في كافة التصرّفات، لأنّ العقل مناط التّكليف، فلا يمكن للمجنون ونحوه أن يباشر المعاملات لعجزه عن تويّ أمور، فكيف يكون قادرا على إدارة شؤون غيره.

3- الإسلام في حقّ المؤلّى عليه المسلم: فالإيصاء كما الولاية لا يجوز ولاية لكافر على مسلم؛ ولا لغير المسلم على المسلم.

4- العدالة: فلا يؤلّى الفاسق على شؤون الغير، لأنّ ذلك يتطلّب استقامة وجدّية لحجم المسؤولية الملقاة على عاتقه، فإذا رأى القاضي عدم وجود هذه الصّفة عزله وعيّن غيره⁽³⁾.

ولقد حدّد المشرّع الجزائري جملة من الشّروط الواجب مراعاتها في الوصي على القاصر، والتي تتوافق مع الشّروط الواردة عند فقهاء الشريعة الإسلامية من خلال النّص على ضرورة كونه مسلما، إذ لا ولاية لغير المسلم على المسلم، وأن يكون عاقلا بمعنى راشدا ويحسن التصرّف في أموال القاصر ويهدف للحرص عليها وتنميتها وفقا لما تقتضيه مصلحة القاصر، وأن يكون قادرا على تحمّل هذه المسؤولية وتبعاتها وأهلا للتصرّف في النّطاق الذي تحدّده القانون ويراقبه القاضي، وأن يكون أهلا للأمانة ويحسن التصرّف، لأنّ مسألة الوصاية وقتية ومرتبطة ببلوغ القاصر راشدا وقادرا على التصرّف في أمواله تصرّف الرّجل العادي، ولقد وضّحت المادة 93 التي نصّت على: "يشترط في الوصي أن يكون مسلما عاقلا بالغاً قادرا أمينا حسن التصرّف وللقاضي عزله إذا لم تتوفّر فيه الشّروط المذكورة".

(1) كمال حمدي. الولاية على المال. ص 81.

(2) محمد بن عبد العزيز النّمي. الولاية على المال. ص 124.

(3) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 75.

كما أنّ المشرّع الجزائري قد حرم من صدر بحقه حكم من المحكمة بشأن بعض الجرائم الماسّة بالأسرة الحرمان من بعض الحقوق المدنيّة، والتي يعدّ تولّي الوصاية إحداها وهو ما شملته المادة 9 مكرّر 1 من قانون العقوبات حيث نصّت على: "يتمثل الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية في...5- عدم الأهلية لأن يكون وصيا أو قيما".

الفرع الثاني: إجراءات تثبيت الوصاية أو رفضها.

إنّ إعمال الوصاية كسبيل شرعي وقانوني للحفاظ على أموال القاصر ليس مطلقا، بل هناك ظروف ومُسبّبات تجعل تطبيقها أمرا واجبا، وفي ظلّ عدم توافر هذه المسبّبات يكون تطبيقها أمرا غير ممكن، لا سيما أنّها بديل للولاية، فقد نصّت المادة 92 من قانون الأسرة على: "يجوز للأب أو الجدّ تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولّى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونيّة وإذا تعدّد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصلح منهم مع مراعاة أحكام المادة 86 من هذا القانون".

فمن خلالها يتّضح مدى سلطة الأب والجدّ في تعيين وصي على القاصر إذا انعدمت الأم، أو لم تكن أهلا لمباشرة عنايتها بولدها، ولذلك وبطريقة استمراريّة فإنّ نفس الدّواعي المؤدّية لانتهاء الولاية هي أسباب لقيام الوصاية، فضلا عن موت الأم أو عدم أهليتها في تولّي شؤون ولدها القاصر.

ينطلق المعنى العام للوصاية من أنّ الأب يقوم باختيار وصي يمنحه سلطة التصرف في مال ولده القاصر خلال حياته أو بعد وفاته، وهو الوصي المختار لأنّ الأب هو الذي اختاره، ولذلك فإنّ هذه المهمّة الموكلة للوصي ليست دائمة لا سيما إذا كان الأب حيّا، بل يجب عرضها على القاضي بمجرد وفاة الأب، وله السّلطة التقديرية في تثبيتها أو رفضها⁽¹⁾، وهو ما نصّت المادة 94 من قانون الأسرة الجزائري: "يجب عرض الوصاية على القاضي بمجرد وفاة الأب لتثبيتها أو رفضها".

فمن خلال هذا النصّ يتّضح مدى السّلطة المُعطاة للقاضي من خلال تثبيت الوصاية أو رفضها، بعد وفاة الأب في قبول استمرار الوصاية لنفس الشّخص أو إلغائها بناء على ما يراه ضروريا، والملاحظ أنّ المشرّع قد اقتصر من خلال المادة على ضرورة عرضها على القاضي بعد وفاة الأب دون التطرّق لوفاة الجدّ، وهو ما يُعطي الانطباع أنّ عرضها على القاضي مُرتبط فقط بوفاة الأب، وهو ما يعني أنّ الوصي الذي يعيّنه الجدّ غير معني بتثبيتها من قبل القضاء بحسب نصّ المادة، إلّا أنّ ذلك لا يستقيم مع المعنى العام للوصاية حيث لا يمكن تصوّر عرضها على القاضي بعد وفاة الأب وعدم تطبيق هذا الإجراء بعد وفاة الجدّ، مع العلم أنّ الأب هو الأحرص على المصالح الماليّة لابنه القاصر.

إنّ هذا التّفسير يطرح قصورا تشريعيّا في هذه المادة يستدعي الاستدراك، لأنّ تركها بهذه الصياغة يضع تطبيقها على المحكّ، خاصّة وأنّ القاضي مُلزم باتّباع ما تنصّ عليه المادة إذا كانت صريحة من غير اجتهاد أو تأويل، في ظلّ السّلطة الواسعة له بشأن الولاية على نفس القاصر وأمواله.

(1) عبد العزيز سعد . إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية. ص 110.

كما أنّ تثبيت الوصاية على القاصر أو رفضها تكون محلّ إخطار للقاضي بعد وفاة الأب من طرف الوصي نفسه الذي قد يطلب تثبيتها أو يرفضها، أو ممثّل النيابة العامة، أو القاصر الذي بلغ سنّ التمييز لأنّه أصبح بدون وليّ، أو كلّ شخص تهمّه مصلحة القاصر، وهو ما شملته المادة 472 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الأمر الذي يعني أنّ تثبيت الوصاية أو رفضها يكون من قبل من ذكرتهم المادة، وبعدها يكون عمل القاضي في تثبيتها أو رفضها.

في حالة ما تقرّر رفض تثبيت الوصاية من طرف القاضي، فإنّه وحفاظا على أموال القاصر يتوجّب عليه أن يعيّن مقدّما أو يتّخذ الإجراءات التحفظية لحين تعيين مقدّم، كما يجوز للقاضي أن يضع القاصر تحت وصاية الوصي المختار طالما استوفى الشّروط القانونية، وهو ما تضمّنته المادة 472 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصّها على: "في حالة رفض الوصاية، يعيّن القاضي مقدّما طبقا للمادة 471 أعلاه، أو يتّخذ جميع الإجراءات التحفظية في انتظار تعيين المقدّم. يجوز للقاضي وضع القاصر تحت وصاية الوصي المختار عندما تتوفّر فيه الشّروط المقرّرة قانونا".

ويمكن ملاحظة أنّ المشرّع المغربي قد زاد إضافة بالمقارنة مع المشرّع الجزائري، من حيث إمكانية أن تعيّن المحكمة مقدّما إلى جانب الوصي يتولّى مساعدته أو يتولى الإدارة المستقلّة لبعض المصالح المالية للقاصر، وهو ما تضمّنته المادة 234 من المدوّنة، فالمقدّم هو من يعيّن القاضي المكلف بشؤون القاصرين، عند عدم وجود الأب أو الأم، أو وصيهما، لكن تعيّن المحكمة في هذه الحالة إلى جانب الوصي لمساعدته حفاظا على أموال القاصر، ليعزّز كلّ منهما الآخر في اتّخاذ الإجراءات الكفيلة بحفظ أموال القاصر⁽¹⁾.

وقد تُثار فكرة تعدّد الأوصياء إذا أوصى الأب أو الجدّ لاثنين بلفظ واحد، أو بلفظين في زمن أو زمنين، ولا يمكن لأحدهما التصرف منفردا سواء كان التّعيين بعقد واحد أو بعقدين⁽²⁾ عند المالكية والحنفية⁽³⁾ إلّا بتصريح من الموصي بجواز الانفراد، وإلّا عند الحنفية إذا أجاز الوصي للآخر، على أن يتعاونوا في كلّ التصرفات دون أن ينفرد أحد إلّا بتوكيل، فإن اختلفا نظر الحاكم في الأصلح بينهما عند المالكية، وليس لأحد الوصيين إيصاء للغير في حياته بدون إذن من صاحبه، ولا يجوز لهما قسمة المال الموصى به.

ورأى الشافعية والحنابلة عدم إمكانية تصرف أحد الوصيين بدون تصريح الموصي بالانفراد، لأنّ الموصي لم يرض إلّا بتصرفهما، وإنّما الانفراد مخالف لذلك، فإن أجاز الموصي جاز، فإن مات أحدهما أو عجز ورضى الموصي بالانفراد الوصي الآخر جاز تصرفه، ولا سبيل لإحلال أحدا مكانه، أمّا في حال الإيصاء لكليهما وطرا على أحدهما ما يمنع مهمّته، يجعل الحاكم يعيّن من يقوم مقامه⁽⁴⁾.

(1) عبد الكريم شهبون. الشّافي في شرح مدوّنة الأسرة. ج 2 ص 64 .

(2) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 275.

(3) الدّردير. الشّرح الصغير. ج 4 ص 608؛ ابن عابدين . حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة. ج 5 ص 525.

(4) الشربيني. مغني المحتاج. ج 3 ص 77؛ ابن قدامة. المغني. ج 6 ص 607.

وفقا لنص المادة 92 من قانون الأسرة الجزائري قد تقوم فكرة تعدد الأوصياء في صورة ما عيّن الأب أكثر من وصي، وفي هذه الحالة يفصل القاضي في هذه المسألة بتحديدده للأصلح من بينهم لتولي مهمة الوصاية على مال القاصر، حيث نصت على: "يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية وإذا تعدد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصلح منهم مع مراعاة أحكام المادة 86 من هذا القانون".

فواضح من خلال نص المادة أن المشرع الجزائري لم يأخذ بالنظرة الفقهية العامة المتمحورة حول إمكانية قيام الشراكة بين الأوصياء في إدارة أموال القاصر، أو التعرض لفكرة الإجازة من أحد الأوصياء للآخر، بل قفز مباشرة إلى تدخل القاضي والذي يظهر دوره فقهيا في حالة التنازع، وبهذه الطريقة يكون المشرع قد ألغى فكرة التعدد طالما سيتدخل ويعين الأصلح من بينهم، وهو أمر قد يؤدي إلى انفراد أحدهم بالسلطة المخولة له، واستبعاد التشاور وإمكانية خلق رأي بناء أحسن لحسن تدبير أموال القاصر، وفي حالة التنازع يلجؤ للقاضي، وبهذا يظهر مدى القصور الذي يعتري النظرة التشريعية مقارنة مع الفقهية.

الفرع الثالث: سلطات الوصي على أموال القاصر وحدودها.

يمكن للوصي وفي نطاق المهمة الملقاة على عاتقه القيام ببعض التصرفات باسم القاصر ولحسابه ومراعاة مصلحة هذا الأخير دوما، ولقد تضمن المشرع الجزائري ذلك من خلال المادة 95 من قانون الأسرة التي جعلت من مهمته مماثلة لمهمة الولي بنصها على: "للوصي نفس سلطة الولي في التصرف وفقا لأحكام المواد (88 و 89 و 90) من هذا القانون".

فواضح مدى التطابق الموجود بين مهمة الولي والوصي ومراعاة ما حُص به الولي من حيث ضرورة تصرفه في مال القاصر تصرف الرجل الحريص، والتقيّد بطائفة التصرفات التي تستوجب الرجوع إلى القاضي والحصول على إذنه في مباشرتها ومراعاة الضرورة والمصلحة في ذلك، وفي حالة التعارض بين مصلحة القاصر والوصي يعين القاضي مُتصرفا خاصا به حتى يتمكن من تسيير أموال القاصر.

غير أن المشرع المغربي قد أشار إلى مهام الوصي والتي هي نفسها مهام المقدم، من خلال المادة 249 من المدونة، فعليه أن يتولى إعداد إحصاء عن أموال المحجور ويُرفقه بملاحظاته حول هذا الإحصاء، واقتراح مبلغ النفقة السنوية للمحجور ولن تجب نفقته عليه، واقتراح ما يراه مُستعجلا من إجراءات للحفاظ على أموال المحجور، فضلا عن المقترحات المتعلقة بإدارة أموال المحجور، وأيضا المداخيل الشهرية أو السنوية المعروفة لأموال المحجور، ويتم حفظ الإحصاء مع مرفقاته في ملف النيابة الشرعية.

كما أن للنيابة العامة والنائب الشرعي ومجلس العائلة وعضو أو أكثر من الأقارب أن يتقدم بملاحظاته إلى القاضي لتقدير النفقة اللازمة للمحجور لتغطية لوازمه، مع مراعاة إمكانياته المالية، واختيار أحسن

السبل التي تهدف لتكوينه وتوجيهه وإدارة أمواله على أحسن ما يرام، كما أحدث المشرع المغربي مجلسا للعائلة يتولى مساعدة القضاة في شؤون الأسرة بشكل عام⁽¹⁾.

لكن من خلال تفحص نص المادة 95 من قانون الأسرة الجزائري والتي تسوي بين الولي والوصي، مع مراعاة إمكانية أن يتم اختيار الوصي من قبل الجد بناء على نص المادة 92 من قانون الأسرة، وهو ما يوحي بأهمية مرتبة الجد في الولاية على مال القاصر والذي لم تتضمنه مواد الولاية ولم تُشر إليه إطلاقا، فكيف بالجد وفقا لمنظور قانون الأسرة الجزائري يستطيع تعيين الوصي وهو لم يتبوا مرتبة الولي، ويتمتع الوصي بنفس سلطاته، مع الأخذ بعين الاعتبار استبعاد الأم صاحبة الولاية وفقا للمشرع الجزائري من عملية التعيين، لاسيما إذا كانت عدم أهليتها مقترنة بمشكل فيزيولوجي وغير عقلي أو نفسي، الأمر الذي لا يحول دون مقدرتها على اختيار من تراه قادرا على ممارسة الوصاية على ابنها القاصر.

إن هذه الاختيارات تعكس بجلاء مدى التخبّط الذي عالج به المشرع الجزائري مسألة الولاية والوصاية وترتيب من هم أحقّ بها، وضرورة التفصيل أكثر في هذا الشأن خاصة إدراج الجد في مراتب الولاية مادام قادرا على تعيين الوصي.

كما أنّ المحكمة العليا قد نصّت الجد وصيّاً إذا ما توفي والدا القاصر وفقا للقرار الذي نصّ على: "...لكن حيث خلافا لمزاعم الطّاعنة فباستقراء القرار المطعون فيه يتبيّن منه أنّ قضاة الموضوع لاحظوا أنّ النزاع المعروف عليهم يتعلّق بالوصاية بمفهوم المادة 92 من قانون الأسرة، على اعتبار أنّ الولد القاصر ليست له أم ولا أب وبحكم القانون يصبح الجدّ هو الوصيّ بحكم المادة المذكورة"⁽²⁾.

وهذا الطّرح يتناقض مع نصّ المادة 468 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي نصّت على: "تخضع إدارة أموال القصر في حالة وفاة الوالدين، إلى رقابة القاضي"، فهذا النصّ يعدّ غامضا لاسيما أنّه لم يوضّح كفاية المقصود بالرقابة في ظلّ تولي الجدّ مهمة الوصاية بعد وفاة والدي القاصر، فقد يتولّى الجدّ الوصاية ويخضع لرقابة القاضي، ولا يمكن الحديث عن وصاية الجدّ دون قيامه مباشرة بالرقابة على أموال القاصر وهو ما يُعدّ انتقاصا من سلطاته لصالح القاضي.

فالوصاية يقترحها الأب أو الجدّ على الوصي، الذي له كامل الحرية في قبولها أو رفضها، إلّا أنّه إذا قبلها حال حياة الأب أو الجدّ فلا يمكنه أن يتخلّى عنها بعد وفاة أحدهما⁽³⁾.

بناء على ذلك يكون للوصي نفس السّطات التي يمتّع بها الولي من إمكانية التصرف في أموال القاصر، على أن يُراعى في ذلك الحفاظ على مصلحة القاصر، وعلى هذا الأساس فبإمكانه قبول الهبات أو الوصايا

(1) عبد الكريم شهبون. الشّافي في شرح مدوّنة الأسرة. ج 2 ص 85 .

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 2006/05/17 - ملف رقم 363794 - (المجلة القضائية لسنة 2006، العدد الثاني ص 461).

(3) فريدة محمدي (زووي). المدخل للعلوم القانونية نظرية الحق. ص 86 و 87 .

أوالتبّع وكلّ التصرفات التي من شأنها إثراء الذمّة الماليّة للقاصر، أي التصرفات الماليّة التي تكون نافعة نفعاً محضاً للقاصر.

لقد نظم قانون الأسرة الجزائري تصرفات القاصر وفقاً لنوع التصرفات الماليّة، ومدى نفعها له وضررها وتدخل الوصي أو الولي في إجازة تلك التصرفات، فنصّت المادة 83 على أنّه: "من بلغ سنّ التمييز ولم يبلغ سنّ الرشد طبقاً للمادة (43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقّف على إجازة الولي أو الوصي إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء".

على هذا الأساس؛ فإن الصبي المميز البالغ من العمر 13 سنة كاملة وفقاً للمادة 42 من القانون المدني تثبت له أهليّة الإغتناء، حيث يمكنه إبرام التصرفات التي تعود عليه بالنفع، نفعاً محضاً دونما الحاجة لتدخل الولي أو الوصي فيقبل بمفرده أهليّة وكفالة الدّين، وأمّا أهلية الافتقار فمُنعمة تماماً عنده. أمّا إذا كانت التصرفات دائرة بين النفع والضرر كالبيع والشراء، والإيجار والاستئجار، فإنّ أهليته تعدّ ناقصة أي قابلة للإبطال بمعنى أنّها صحيحة، غير أنّها تكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصرون المتعاقدين الآخر⁽¹⁾.

كما أنّ المادة 84 من قانون الأسرة قد نصّت على مايلي: "للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سنّ التمييز في التصرف جزئياً أو كلياً في أمواله، بناء على طلب من له مصلحة، وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبرّر ذلك"، فالمادة جاءت لترشد من ليس برشيد بناء على إذن من القاضي، بناء على طلب من له مصلحة بما في ذلك القاصرنفسه، وهو الأمر الذي أوقع المشرّع في حرج من خلال ترشيد قاصر كان عديم التمييز قبل وقت يسير بالتصرف في أمواله جزئياً أو كلياً، والذي كانت كلّ تصرفاته قبل ذلك باطلة بسبب عدم التمييز.

فضلاً على أنّ مناقشة فكرة تصرفات القاصر وأهليته جاءت موزعة عبر قانون الأسرة والقانون المدني، حيث نصّت المادة 42 من القانون المدني على اعتبار تصرفات عديم التمييز باطلة من خلال نصّها: "لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنيّة من كان فاقداً التمييز لصغر في السنّ، أو عته، أو جنون. يعتبر غير مميّز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة"، فتصرفات هذه الطائفة تُعتبر باطلة سواء أجازها الوصي أو لم يفعل، ويتولى التصرف في أمواله النائب بموجب المادة 81 من قانون الأسرة التي نصّت على: "من كان فاقداً الأهليّة أو ناقصها لصغر في السنّ، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانوناً ولي أو وصي أو مقدّم طبقاً لأحكام هذا القانون".

فمن خلال ما نصّت عليه المادة 83 من قانون الأسرة يتّضح أنّ المشرّع الجزائري قد أخذ بفكرة العقد الموقوف المعمول بها في الشريعة الإسلاميّة، لا سيما ما تعلّق بتصرفات الصبي الدائرة بين النفع والضرر حيث لا تنفذ آثاره، إلّا بإجازة الصبي بعد بلوغه سنّ الرشد أو إقرار الولي أو الوصي بذلك.

(1) محمد صبري السعدي. شرح القانون المدني الجزائري النظريّة العامّة للإلتزامات. ج1 ص 160.

أما بحسب القانون المدني فإنّ هذه التصرفات تنفذ وتنتج آثارها، إذا كانت دائرة بين النّفع والضّرر لحين أن يقرّر إبطالها بعد بلوغه سنّ الرّشد، وعلى هذا فأحكام قانون الأسرة تختلف عن تلك الخاصّة بالقانون المدني التي لا تأخذ بالعقد الموقوف، وكان على المشرّع العمل بإحدى الفكرتين عوض ترك هذا الإشكال⁽¹⁾.

ولم يفرّق المشرّع الجزائري بين سلطة الوليّ والوصيّ بل سوى بينهما، من خلال ما جاءت به المادة 95 من قانون الأسرة، بالرّغم من أنّ الفقه الإسلامي قد فرّق بينهما من كون الأب أكثر شفقة من الوصيّ بصفة عامّة، وبصفة أخصّ التصرف في أموال القاصر، حيث يملك وصيّ الأب أو الجدّ سلطات أقلّ من الأب⁽²⁾. فلا يمكن للوصيّ أن يتصرف بما من شأنه الإضرار بالذمة الماليّة للقاصر من هبة ووصيّة ووقف، بل إنّ المشرّع قد ضبطه بطائفة محدّدة لا ينبغي التصرف فيها إلّا باستئذان القاضي وهي نفسها الخاصّة بالوليّ. بل إنّ الوصيّ كما هو الحال بالنسبة للولي يمكن أن تطاله العقوبة، إذا ثبتت سوء النية لديه من أجل التلاعب بأموال القاصر أو التواطؤ مع الغير بغرض تبديد أموال الأخير، ويكون ذلك بناء على السلطة التقديرية للقاضي، ورصد المشرّع لذلك عقوبة ردعية بموجب المادة 380 من قانون العقوبات. ولقد ركّزت اتفاقية حقوق الطفل على ضرورة إعطائه الفرصة في الاستماع إليه في كلّ الإجراءات القضائية، والتي قد يمثّل التنازع بشأن مسألة تسيير أمواله إحداها، حيث نصّت المادة 12 في فقرتها الثانية على مايلي: "ولهذا الغرض، تُتاح للطفل، بوجه خاص، فرصة الاستماع إليه في أي إجراءات قضائية وإدارية تمس الطفل، إمّا مباشرة، أو من خلال ممثل أو هيئة ملائمة، بطريقة تتفق مع القواعد الإجرائية للقانون الوطني". ولقد نهج المشرّع الجزائري نفس النهج من خلال النصّ على ضرورة الأخذ بعين الاعتبار أثناء اتّخاذ أي تدبير أو إجراء أو حكم قضائي، وهو ما أشارت إليه المادة السابعة من قانون حماية الطفل التي نصّت على: "يجب أن تكون المصلحة الفضلى للطفل الغاية من كلّ إجراء أو تدبير أو حكم أو قرار قضائي أو إداري يتّخذ بشأنه".

ولهذا فمسؤوليّة الوصيّ أساسها الحفاظ على أموال القاصر وتنميتها وحمايتها، من كلّ ما من شأنه أن يؤدّي إلى استغلال وضع القاصر الذي لا يجيد حسن التدبير، وتداركا لهذا النقص لديه عمل المشرّع على ضبط سلوك الوصيّ وتصرفاته على النّحو الذي يحفظ هذه الأموال، فنصّت المادة 98 من قانون الأسرة على: "يكون الوصيّ مسؤولا عمّا يلحق أموال القاصر من ضرر بسبب تقصيره"، فأقام المشرّع الجزائري مسؤولية الوصيّ على أساس المسؤولية التقصيرية بسبب تقصير منه، كأن يُقدم القاصر على بعض التصرفات غير الملحة كبيع شيء من الممتلكات دون الحاجة لذلك، بغرض الإنفاق أو سداد الديون وكفاية أمواله لذلك بدون اللّجوء للبيع، أو تقصير الوصيّ في التأكّد من مديونيّة القاصر للغير قبل دفع دينه.

(1) علي علي سليمان. النظريّة العامّة للإلتزام مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري. ص 49.

(2) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 10 ص 77.

كما قد يظهر تقصير الوصي في عدم اتخاذ الإجراءات الضرورية لبعض المنقولات، لا سيما تلك سريعة التلف، من خلال الإسراع في استصدار الإذن القضائي بعملية البيع وضياع هذه المنقولات بسبب المماطلة من طرف الوصي، الأمر الذي يؤدي لتضرر أموال القاصر، وينطبق المبدأ العام للمسؤولية التقصيرية الذي عالجته المادة 124 من القانون المدني من حيث ضرورة توافر الخطأ والضرر والعلاقة السببية، وأن يتم إثبات الخطأ وعدم إعمال فكرة الخطأ المفترض، وأن الوصي هو المتسبب المباشر في إلحاق الضرر بمال القاصر⁽¹⁾.

كما يجب أيضا على الوصي عدم تعسفه في استعمال سلطاته واستغلالها في تغليب مصلحته على مصالح القاصر، وفي حالة ما حدث تعارض بينهما يتم الفصل في القضية من قبل القاضي، فقد تتعارض مصلحة القاصر مع مصلحة الوصي أو مصلحة زوجه، أو فروعه أو أصوله، كأن يكون الوصي ناظرا على وقف والقاصر مستحق فيه، أو شريكين في عين، أو تكون عقارات القاصر مؤجرة قبل تطبيق الوصاية للوصي أو لأحد أصوله أو فروعه، فإذا كان التعارض جسيما للحد الذي يخشى على أموال القاصر فلا تعينه المحكمة وصيًا، أما إذا كان بسيطاً فتعين المحكمة وصيًا خاصاً لحين حل هذا التعارض، وتعين المحكمة وصيًا خاصاً كذلك في التبرعات الممنوحة للقاصر والتي اشترط فيها المتبرع أن لا يتولّاها ذات الموصي.

أما إذا كان التعارض يقتضي تحكيم القضاء، كنزاع على وقف وكان الوصي هو الناظر، فتعين المحكمة وصيًا لهذه الخصومة، ولو لم يكن للقاصر مال تقرر عليه وصاية، لأن حق المحكمة مطلق في تعيين الخصومة المالية⁽²⁾.

لقد ساوى المشرع الجزائري بين مهام الولي والوصي واحتاط لإمكانية حدوث تعارض بين مصلحة كل من الولي أو الوصي من جهة والقاصر من جهة أخرى، فيكون على القاضي تعيين متصرف خاص من تلقاء نفسه أو بطلب من له مصلحة في الحفاظ على أموال القاصر وهو ما شملته المادة 90 من قانون الأسرة التي نصت على: "إذا تعارضت مصالح الولي ومصالح القاصريعين القاضي متصرفاً خاصاً تلقائياً أو بناء على طلب من له مصلحة".

كما يتدخل القاضي بموجب أمر ولائي في حالة ما رأى تقصير الوصي في القيام بمهامه حفاظاً على أموال القاصر، وهو ما نصت عليه المادة 473 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "إذا قصر الولي أو الوصي أو المقدم في أداء مهامه، يتخذ القاضي جميع الإجراءات المؤقتة الضرورية لحماية مصالح القاصر بأمر ولائي".

(1) عبد الرحمان بن جيلالي. أحكام الوصي في قانون الأسرة الجزائري. مداخلة مقدمة للمشاركة في ملتقى دولي بعنوان "الأحكام المتعلقة بالأسرة بين الثوابت والمتغيرات"، جامعة خميس مليانة، يومي 04 و 05 ماي 2014. ص 55.

(2) محمد أبو زهرة . الأحوال الشخصية . ص 490 و 491.

الفرع الرابع: انتهاء الوصاية وآثارها.

تعتبر الوصاية وظيفة أعدت لغرض معين، يتمحور حول حسن تسيير أموال القاصر وفق أطر محدّدة، وبانقضاء مسبباتها تنتهي، ويمكن شطرها هذه الفكرة إلى دواعي تنهي الوصاية وآثار انتهائها وفقا لما يلي:

1- انتهاء الوصاية.

أشار المشرع الجزائري لانتهاء مهمّة الوصي من خلال المادة 96 من قانون الأسرة التي نصّت على: "تنتهي مهمّة الوصي: 1- بموت القاصر، أو زوال أهلية الوصي أو موته، 2- ببلوغ القاصر سنّ الرشد ما لم يصدر حكم من القضاء بالحجر عليه، 3- بانتهاء المهام التي أقيم الوصي من أجلها، 4- بقبول عذره في التخلّي عن مهمّته، 5- بعزله بناء على طلب من له مصلحة إذا ثبت من تصرفات الوصي ما يهدّد مصلحة القاصر"، من هذا المنطلق يمكن التفصيل في هذه النقاط كما يلي:

أ- موت القاصر.

إذا مات القاصر فلا مجال للحديث عن استمرار مهمّة الوصيّة في ممارسة الوصاية، التي تنتهي بانعدام أحد أهمّ أركانها الأساسيّة وهو القاصر محلّ الوصاية واستحالة التّنفيد عليه، الأمر الذي يحول دون استمرار الوصي في مهمّته.

ب- زوال أهلية الوصي أو موته.

إذا أصيب الوصي بأي مانع أو عارض من عوارض الأهلية التي تحول دون تأديته مهمّته، حيث أنّ المجنون أو المعتوه لا يمكنهما تسيير تصرفاتهما العادية، فلا يمكنه أن يكون متصرفا وأميناً على من يستحقّ عناية مُعتبرة في حسن تدبير ماله والحفاظ عليه، وهذا ما يتلاءم مع نصّ المادة 85 من قانون الأسرة التي نصّت على: "تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسّفية غير نافذة في حالة الجنون أو العته أو السّفه"، وعلى هذا فإنّ الوصاية تنتهي بزوال أهلية الوصي.

كما أنّ موت الوصي يُعتبر سببا منطقيًا لانقضاء الوصاية فلا يمكن استمرارها بموت المكلف بها، ويتدخل القاضي بناء على ذلك ويعيّن وصيًا يقوم مقامه، ويمكن للوصي المختار أن يقيم وصيًا بعد وفاته وليس ذلك لوصي القاضي إلّا إذا جعل له القاضي ذلك في قرار تعيينه، ذلك أنّ ولاية القاضي الممنوحة لوصيّه تعتبر عامّة بعكس وليّ الأب المختار فمن اختاره غير موجود ولا يمكن الرجوع إليه.

ج- بلوغ القاصر سنّ الرشد.

إذا بلغ القاصر الموصى عليه راشداً، فإنّ ذلك يعدّ باعثاً لانتهاء الوصاية عليه وتسليمه ماله للتصرف فيه، مع مراعاة عدم صدور حكم من المحكمة يقضي بالحجر عليه، فمتى بلغ القاصر سنّ التاسعة عشرة كاملة متمّعا بكامل قواه العقلية وغير محجور عليه إنتهت الوصاية عليه، بانقضاء أهمّ سبب لإعمالها وهو نقص الأهلية⁽¹⁾.

(1) عبد الرحمان بن جيلالي. أحكام الوصي في قانون الأسرة الجزائري . ص 57.

د- انتهاء مهمّة الوصي.

عند الانتهاء من الغاية المرجوة من الوصاية المتمثلة أساسا بالحفاظ على أموال القاصر من الضياع وحمايتها من كلّ ما من شأنه أن يؤدّي لاندثارها، وتنتهي الوصاية بانقضاء أجل المحدّد لها، وارتباطها بالإذن، كما أنّه إذا ماعين الأب وصيًا مؤقتًا بسبب غيابه فإنّه برجوعه تنتهي مهمّته.

هـ- تنجّي الوصي.

يمكن للوصي أن يطلب إعفاه من مهمّته بناء على عذر يراه جوهريا يمنعه دون مواصلتها، فيتعيّن عليه أن يقدّم استقالته للقاضي، حتى يتسنى للأخير تعيين من يخلفه، والملاحظ من خلال صياغة المادة أنّ الوصي يجب أن يبرّأ اختياره بترك مهمّته وأن يقبل عذره في ذلك، وهو ما يعكس مدى القيد المفروض عليه، حيث وبالمفهوم المخالف للمادة أنّه في حالة ماتمّ رفض العذر فليس بإمكانه التنجّي، مع الإشارة أنّ المادة لم توضّح الجهة التي يتعيّن عليها قبول العذر، لا سيما إذا كان الوصي مُختارا من طرف الأب أو الجدّ.

و- عزل الوصي.

قد يتمّ عزل الوصي من القضاء بناء على عدم توافر شروط الوصاية المنصوص عليها قانونا، لا سيما ما تعلق بالأهليّة، وكذا ارتداده عن الإسلام إذ لا ولاية لكافر على مسلم للمحافظة على دين القاصر، وإذا ثبت للقاضي عدم قدرته لمانع صحيّ أو غيره، أو بسبب تقاعس أو إهمال أو سوء تدبير أو عدم نزاهة. كما أنّ العزل أيضا يكون بناء على إرادة من اختاره، لا سيما أنّه صاحب مصلحة في ذلك.

2- آثار انتهاء الوصاية.

تنتج عن نهاية الوصاية بأحد أوجهها آثارا مهمّة تخصّ بالدّرجة الأولى القاصر الذي يستطيع التصرف في ماله، وببعض التدابير والواجبات على الوصي التي ينبغي مراعاتها مع القاضي حفاظا على أموال القاصر، وتأكيدا على إنجاز المهمّة كما نصّ على ذلك الشرع والتّشريع، وقد شملت المادة 97 من قانون الأسرة الجزائري هذه الآثار بنصّها: "على الوصي الذي انتهت مهمّته أن يسلم الأموال التي في عهده ويقدم عنها حسابا بالمستندات إلى من يخلفه أو إلى القاصر الذي رشد أو إلى ورثته في مدّة لا تتجاوز شهرين من تاريخ انتهاء مهمّته. وأن يقدّم صورة عن الحساب المذكور إلى القضاء. وفي حالة وفاة الوصي أو فقده فعلى ورثته تسليم أموال القاصر بواسطة القضاء إلى المعني بالأمر"، وبذلك يمكن التّفصيل في آثار انتهاء الوصاية كما يلي:

أ- تسليم أموال القاصر إلى الشّخص المعني.

بناء على انتهاء الوصاية يمكن للوصي تسليم حساب بالمستندات للأموال التي بحوزته إلى من يستحقّها حفظا للأمانة، وحدّدت المادة 97 الأشخاص المعنيين بتلقّيها؛ حيث يمكن للوصي الذي انتهت وصايته أن يدفعها للوصي الذي يليه في تولّي المهمّة، حيث يتولّى القاضي تعيين وصي آخر لا سيما إذا كان وضع القاصر

يتطلب استمرار الوصاية عليه، بكونه لا يزال لم يبلغ سن الرشد أو به عارض من عوارض الأهلية ما يستدعي الحجر عليه⁽¹⁾.

فإذا بلغ راشدا أمكن للوصي المنتهية وصايته أن يقدمها له، ويمكنه أيضا أن يدفعها للقاصر المرشد من طرف القاضي، وهو القاصر الذي بلغ سن الثمانية عشر سنة، ويمكن أن يكون ترشيده بتصريح من الوصي، ويصدر أمام القاضي بحضور شاهدين.

وفي صورة ما توفي القاصر فيكون على الوصي الذي انتهت وصايته أن يقدم أمواله إلى ورثته خلال شهرين من انتهاء الوصاية، ولم يوضح المشرع صنف الورثة المكلفين بقبض هذه الأموال، وهو الأمر الذي قد يخلق شقاقا بينهم حول أحقية من سيقبضها.

وقد تضمن قرار المحكمة العليا وجوب تسليم الوصي الذي انتهت وصايته للقاصر إذا رُشِد، وتقديم حساب مدعم بالمستندات عن ذلك، وعدم التمسك بالتقادم المكسب خلال فترة قصر الموصى عليه، حيث نصّ القرار على: "حيث أنّه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه، يتبين أنّ قضاة المجلس خرقوا القانون عندما قضوا بإلغاء الحكم المُستأنف وأعلنوا اكتساب المُستأنف لأرض أملاك أخته (ب.ب) بالتقادم. حيث أنّه بعد وفاة أبيهما، أصبح أخوها المدعى عليه في الطعن وصيًا عليها باعتبارها قاصرة. وحيث أنّه كان على (ب.أ) حين بلغت أخته سن الرشد أن يسلم لها أرضها وأموالها العائدة لها بالإرث من أبيها، ولكن عوض أن يفعل ذلك بادر بتزويجها وترك أموالها وعقاراتها تحت تصرفه، خلافا لما نصّت عليه المادة 97 من قانون الأسرة التي أوجبت على الوصي الذي انتهت مهمته أن يسلم الأموال والعقارات التي في عهده ويقدم عنها حسابا... وبناء على ما تقدّم من التوضيحات فإنّ أحكام التقادم المكسب المنصوص عليها في المادة 820 من القانون المدني، لا تُطبّق على قضية الحال، خاصّة وأنّ العادات والتقاليد التي توجي للمرأة بأن تترك مالها لأخيها، فإن احتاجت تلك المرأة وطلبت حقّها فإنّ التقادم المكسب لا يسري عليها وعلى أبنائها، وبصفة عامّة لا يسري التقادم في الشريعة الإسلامية على حقوق الميراث خاصّة وأنّ وضع اليد لم يكن بنية الحياة وإنما باعتباره وصيًا على أخته، وعليه فإنّ قضاة الموضوع خرقوا مبادئ الشريعة الإسلامية، ممّا يتعيّن نقض القرار المطعون فيه..."⁽²⁾.

ب- تسليم صورة عن حساب أموال القاصر إلى القضاء.

حتى يثبت الوصي الذي انقضت مهمته حسن نيّته وأمانته في الحفاظ على أموال القاصر يجب عليه أن يقدم حسابا عن الإيرادات والنفقات التي قام بها طوال عهده الوصائية بكلّ التفاصيل، وأن يقدمها للوصي الذي يليه، على أن يودع لدى المحكمة نسخة من هذه الحسابات حتى يتسنى للقاضي الإحاطة بكلّ التفاصيل

(1) عبد العزيز سعد . إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية. ص 111.

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1996/11/24 - ملف رقم 85520 - (المجلة القضائية لسنة 1996. العدد الثاني ص 65).

للوضعية المالية وتقييم أداء هذا الوصي ومدى مراعاته لما هو مطلوب منه قانونا، على أن هذا الإجراء يكون في نهاية مهمته، وهو ما يُعاب على المشرع الجزائري، حيث كان عليه أن يجعل من عرض هذه المستندات يتم في نهاية كل سنة، بل أكثر من هذا ويخضعها للسلطة التقديرية للقاضي بأن يطلبها بطريقة فجائية للإطلاع عليها والتأكد من قيام الوصي بمهامه أو تقصيره وترتيب ما يراه القاضي ضروريا بناء على ذلك.

ج- تسليم أموال القاصر إلى القضاء.

إذا مات الوصي أو فقد كان على ورثته تسليم أموال القاصر التي في عهده إلى القضاء حتى يتسنى أداؤها للمعني بالأمر إذا كان راشدا، وفي حالة مازال غير ذلك فيتولى القاضي تعيين وصي آخر يتولى مهمته. أشار المشرع المغربي في المادة 255 من المدونة إلى ضرورة تقديم الوصي تقريراً سنوياً مؤيداً بجميع الإثباتات على يد محاسبين يتولى تعيينهما القاضي، ولا تتم المصادقة على التقارير إلا بعد فحصها والتأكد منها، وفي حالة ملاحظة أي خلل يتخذ القاضي ما يراه مناسباً لحماية أموال القاصر.

أعطت إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة الحق لها في تولي المسؤولية على الأولاد بنفس القدر الذي يحظى به الأب في إطار النيابة، وهو ما أشارت إليه المادة 16 في الفقرة (و) بنصها على: "تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية وبوجه خاص تضمن، على أساس تساوي الرجل والمرأة: ... (و) نفس الحقوق والمسؤوليات فيما يتعلق بالولاية والقوامة والوصاية على الأطفال وتبنيهم، أو ما شابه ذلك من الأنظمة المؤسسية الاجتماعية، حين توجد هذه المفاهيم في التشريع الوطني، وفي جميع الأحوال، تكون مصالح الأطفال هي الرّاجحة"، ولقد تأثر المشرع الجزائري بهذه الجزئية من خلال إسناده للولاية في حال وفاة الأب أو حدوث طارئ له إلى الأم.

كما أن المشرع الجزائري قد راعى بخصوص الاهتمام بمصالح القاصر الاتفاقية الأممية لحقوق الطفل، وهي اتفاقية تتكوّن من 54 مادة تتضمن جملة من الحقوق والضمانات المستحقة للأطفال في عديد المجالات المدنية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والقانونية، ما يدلّ على أن المجتمع الدولي يسعى لحماية حقوق القاصر عن طريق الطّابع الدولي والإلزامي الذي أضفاه على الاتفاقية، وصادقت الجزائر عليها في سنة 1992.

وأشارت الاتفاقية إلى ضرورة مُراعاة مصلحة الطفل في كافة الإجراءات التي تتولّاها جميع الأطراف كلّ حسب اختصاصه، وهو ما شملته الفقرة الأولى من المادة الثالثة من الاتفاقية بنصّها على: "في جميع الإجراءات التي تتعلّق بالأطفال، سواء قامت بها مؤسسات الرعاية الاجتماعية العامة أو الخاصة، أو المحاكم أو السلطات الإدارية أو الهيئات التشريعية، يولى الاعتبار الأول لمصالح الطفل الفضلى".

كما أنّ الاتفاقية قد أشارت إلى الدور الجوهري الذي يلعبه الوالدان في توجيه الطفل بما لهما من سلطة في ذلك، والتي يمكن إدراج النيابة الشرعية في نطاقها، حيث نصّت المادة الخامسة على: "تحتزم الدول الأطراف مسؤوليات وحقوق الوالدين أو، عند الاقتضاء، أعضاء الأسرة الموسّعة أو الجماعة حسبما ينصّ عليه العرف المحلي، أو الأوصياء أو غيرهم من الأشخاص المسؤولين قانوناً عن الطفل، في أن يوفّروا بطريقة

تتفق مع قدرات الطفل المتطورة، التوجيه والإرشاد الملائمين عند ممارسة الطفل الحقوق المعترف بها في هذه الاتفاقية".

المبحث الثالث: أعمال الحجر من الأقارب لتقييد التصرفات المالية في قانون الأسرة الجزائري.

إن سلطة الشخص في التصرف في أمواله ليست مطلقة، خاصة إذا ثبتت عدم أهليته في إدارتها وحسن تسييرها على النحو الذي يضمن حقوقه، وعدم الإضرار بالغير أو الورثة، حيث إذا ثبت عجزه لأي سبب كان فيمكن توقيع الحجر عليه، الذي يعد سبيلا للحفاظ على ماله وليس انتقاصا من شخصيته، ذلك أن الحجر ثابت بالشرع والتشريع، وإنما قد يكون مؤقتا لحين زوال السبب الذي أدى لفرضه، ومن هذا المنطلق سيتم التدقيق في الحجر كطريقة من أجل ترشيد المال والحفاظ عليه كما يلي:

المطلب الأول: ماهية الحجر.

المطلب الثاني: إجراءات طلب توقيع الحجر وآثاره.

المطلب الأول: ماهية الحجر.

يكتسي الحجر أهمية ملحوظة في النظام المالي للأفراد، لأنه وسيلة هادفة تحقق التوازن المالي وتضبطه بما يتلاءم والمصالح المتبادلة بين أفراد الأسرة الواحدة، وفق نصوص ضابطة مستوحاة من الشرع، ومن ثم كان ضروريا الخوض في تعريف الحجر، وتبيين مدى مشروعيته كما يلي:

الفرع الأول: تعريف الحجر.

الفرع الثاني: مشروعية الحجر.

الفرع الثالث: الحكمة من الحجر وموجباته.

الفرع الأول: تعريف الحجر.

يرتبط الحجر ارتباطا وثيقا بمال الشخص الذي اكتسبه وأصبح بسبب عارض معين لا يجيد صرفه ولا استغلاله، وينتج عن ذلك تضرر أصحاب المصلحة ولا سيما الأقارب الذين قد يبادرون إلى طلب توقيعه عليه، ولذلك ينبغي تبين معناه من الناحية اللغوية والاصطلاحية وفقا لما يلي:

أولا: تعريف الحجر في اللغة.

الحجر في اللغة هو المنع والتضييق، بالفرنسية هو (L'interdiction)⁽¹⁾ وبالانجليزية (Interdiction)⁽²⁾، وهو حُضن الإنسان، والحرام⁽³⁾، وحَجَرَ الشيء على نفسه بمعنى خصّها به، وحَجَرَ الأرض وعليها وحولها بمعنى

(1) ابتسام القرّام. المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري. ص 20.

(2) محمد رواس قلعة جي؛ حامد صادق قنبي. معجم لغة الفقهاء. ص 176.

(3) الفيروز أبادي. القاموس المحيط. ص 321.

وضع على حُدودها أعلاما بالحجارة ونحوها لحيازتها، واحتجر الشيء أي ضيقه، واحتجر الحيوان بمعنى اشتدّ بطنه وصلّب، وتحجّر الشيء أي أصبح صلبا كالحجر، والمكان كثرت فيه الحجارة، والجرح التأم واجتمع⁽¹⁾، وهو في حجره أي في كنفه ورعايته، والججر بالكسر هو العقل، وأيضا الفرس، والججر كذلك حطيم مكّة وهو المدار بالبيت من جهة الميزاب⁽²⁾.

من خلال هذه المفاهيم اللغوية العديدة لمعنى الحجر، يتّضح أنّها تتمحور حول التضييق والمنع، والضمّ والصلابة والحزم.

ثانيا: تعريف الحجر في الاصطلاح.

وردت عديد التعريفات الاصطلاحية في شأن الحجر باعتبار الأهمية التي يكتسبها في مختلف المشارب الفقهية والوضعية، وتنوّعت هذه التعريفات من مذهب لآخر.

حيث عرّفه الحنفية على أنّه "منع من نفاذ تصرف قولي، والحاصل أن المنع من ثبوت حكم التصرف فلا يفيد الملك بالقبض وفيه أنّه لا يشمل سوى العقود الدائرة بين النفع والضّر، وفي اصطلاح الفقهاء عبارة عن منع مخصص بشخص مخصص عن تصرف مخصص أو عن نفاذه"⁽³⁾، فواضح من خلال التعريف أنّ المقصود من الحجر عند الحنفية هو المنع من التصرف في المال، ونفاذ عقود المعاوضات بسبب معيّن يجعل أهليته معيبة ولا تنفذ تصرفاته إلّا بإجازة الولي أو الوصي أو المقدّم.

وعرّف المالكية الحجر على أنّه: "صفة حكمية توجب منع موصوفها من نفوذ تصرفه في الزائد على قوته أو تبرّعه بماله"⁽⁴⁾، فهذا التعريف أيضا يصبو إلى تبين الحظر المفروض على المحجور عليه بسبب علّة في أهليته ويمنع عليه التصرف في الأموال التي تزيد عن احتياجاته الضرورية لا سيما التبرّع.

كما عرّف الشافعية والحنابلة الحجر بنفس التعريف على أنّه "المنع من التصرفات المالية"⁽⁵⁾، وقد فسّر الشافعي رضي الله عنه السّفية بالمبذّر، والضعيف بالصبي، والكبير بالمختل والذي لا يستطيع أن يملك بالمغلوب على عقله، فأخبر الله تعالى أن هؤلاء ينوب عنهم أولياؤهم، فدلّ على ثبوت الحجر عليهم، فالتعريف يشمل المنع من نفاذ التصرف في المال والاقتصار على ذلك بسبب ضعف في الملكة العقلية، ولا يستطيع بذلك ممارسة تصرفاته المالية أو المبادلات، إلّا بزوال المانع، فإن زال عاد لمزاولة أعماله بشكل عادي.

أمّا المشرّع الجزائري فإنّه لم يُعطِ تعريفا واضحا لمعنى الحجر من خلال قانون الأسرة وذلك، بل قصر الحديث عن موجباته، وإجراءاته، والآثار المنبثقة على أعماله، لأنّ التعريف ربّما واضح في إطاره العام، ويعني منع المحجور عليه من التصرف في ماله بسبب معيّن، فالحجر هو منع الشخص من ممارسة حقّ التصرف في

(1) إبراهيم مصطفى وآخرون. المعجم الوسيط. ص 157.

(2) أحمد بن محمد بن علي الفيومي. المصباح المنير. ص 47.

(3) ابن عابدين. حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة. ج 6 ص 143.

(4) الدردير. الشرح الصغير. ج 3 ص 381.

(5) الشربيني. مغني المحتاج. ج 2 ص 165؛ ابن قدامة. المغني. ج 4 ص 550.

أمواله تصرفا غير ملائم، ووضع أمواله تحت تصرف مقدّم يحفظها ويحميها، من تصرفاته الضارة لأسباب محدّدة قانونا متمثلة في الجنون والعتة والغفلة والسّفه، التي رافقت رشده أو طرأت عليه بعد رشده⁽¹⁾.

كما ينبغي التّفريق بين الحجرالقضائي والقانوني، ذلك أنّ الأول يتمّ توقيعه لوجود عارض من عوارض الأهلية، ولصدوره لا بدّ من صدور حكم قضائي ونفس الأمر بالنسبة لرفعه، غير أنّ الحجرالقانوني هو منع الشّخص من التصرف في ماله بسبب الحكم عليه بعقوبة جنائية⁽²⁾، وفقا لنصّ المادة التاسعة من قانون العقوبات الجزائري التي حدّدت العقوبات التكميلية، والتي يأتي الحجر في مقدّمها "العقوبات التكميلية هي: 1- الحجرالقانوني..."، فضلا على أنّ المادة 9 مكرّر من قانون العقوبات جعلت الحجر عقوبة إجباريّة لكلّ من يُدان بجناية، حيث نصّت على: "في حالة الحكم بعقوبة جنائيّة، تأمر المحكمة وجوبا بالحجر القانوني الذي يتمثّل في حرمان المحكوم عليه من ممارسة حقوقه الماليّة أثناء تنفيذ العقوبة الأصليّة. تتمّ إدارة أمواله طبقا للإجراءات المقرّرة في حالة الحجرالقضائي".

على هذا الأساس فالحجر القانوني هو عقوبة تكميليّة ناتجة عن عقوبة أصليّة محكوم بها على شخص ارتكب جناية، فيُمنع من التصرف في ماله كما هو الحال في الحجر القضائي، ودليل ذلك هو إحالة المادة 9 مكرّر من قانون العقوبات إلى أحكام الحجرالقضائي من خلال آلية التّطبيق.

بينما يعدّ الحجرالقضائي سبيلا لمصلحة المحجورعليه بهدف حماية أمواله من الضياع، وحماية حقوق الغير المرتبط ماليا بالمحجور عليه⁽³⁾.

الفرع الثاني: مشروعية الحجر.

عنت الشريعة الإسلاميّة بالحفاظ على الأموال من الاندثار، ونصّت على آليات عديدة بغية الحفاظ عليها والتي يندرج الحجر في نطاقها، فهو ثابت الدّلالة من الكتاب والسنة، وتأثرالمشرّع الجزائري بذلك ونصّ على مشروعية الحجر من خلال قانون الأسرة.

أولا: دليل مشروعية الحجر من القرآن الكريم.

ورد الدّليل على الحجر من خلال قوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾⁽⁴⁾، حيث "ينهى تعالى عن تمكين السفهاء من التصرف في

(1) عبد العزيز سعد . إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية. ص 116.

(2) أحسن بوسقيّة. الوجيز في القانون الجنائي الخاص - الجرائم ضد الأشخاص والجرائم ضد الأموال. ج 1 ص 172.

(3) شاوش أسماء. الحجرالقضائي. مداخلة مقدّمة للمشاركة في ملتقى دولي بعنوان "الأحكام المتعلّقة بالأسرة بين الثوابت والمتغيّرات"، جامعة خميس مليانة، يومي 04 و 05 ماي 2014. ص 67.

(4) سورة النساء . الآية 05.

الأموال التي جعلها الله للناس قِيَامًا، أي: تقوم بها معاشهم من التّجارات وغيرها. ومن هاهنا يُؤخَذُ الحجر على السفهاء⁽¹⁾.

كما قال عزّ وجل: ﴿وَابْتَئِلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ...﴾⁽²⁾، فبيّن أنّ "السّفهاء" الذين نهى الله المؤمنين أن يؤتوهم أموالهم، هم المُستحقّون الحجر والمستوجبون أن يؤلى عليهم أموالهم، وأن من عدا ذلك فغير سفيهه، لأنّ الحجر لا يستحقّه من قد بلغ وأونس رشده⁽³⁾.

وقال تعالى في شأن المدين السّففيه أو الضّعيف الذي لا يستطيع أن يُملّ في آية الدين: ﴿...فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ﴾⁽⁴⁾، فإذا ثبت هذا فإنّ تصرّف السّففيه المُخجور دون وليّ فإنّ التّصرّف فاسدٌ إجماعًا مفسوخٌ أبدًا، لا يُوجب حُكمًا ولا يُؤثّر شيئًا⁽⁵⁾.

ثانيا: دليل مشروعية الحجر من السنّة النبوية الشريفة.

ورد الحديث عن الحجر في العديد من الأحاديث النبوية الشريفة، فعن ابن كعب بن مالك عن أبيه رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ حجر على معاذ ماله وباعه بدين كان عليه⁽⁶⁾.

ويذكر عن جابر رضي الله عنه أنّ النبي ﷺ رَدَّ عَلَى الْمُتَصَدِّقِ قَبْلَ النَّهْيِ ثُمَّ نَهَاهُ وَقَالَ مَالِكُ إِذَا كَانَ لِرَجُلٍ عَلَى رَجُلٍ مَالٌ وَلَهُ عَبْدٌ لَا شَيْءَ لَهُ غَيْرُهُ فَأَعْتَقَهُ لَمْ يَجْزِ عِتْقُهُ وَمَنْ بَاعَ عَلَى الضَّعِيفِ وَنَحْوِهِ فَدَفَعَ ثَمَنَهُ إِلَيْهِ وَأَمَرَهُ بِالْإِصْلَاحِ وَالْقِيَامِ بِشَأْنِهِ فَإِنْ أَفْسَدَ بَعْدَ مَنَعِهِ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ إِضَاعَةِ الْمَالِ وَقَالَ لِلَّذِي يُخْدَعُ فِي الْبَيْعِ إِذَا بَايَعْتَ فَقُلْ لَا خِلَابَةَ وَلَمْ يَأْخُذْ النَّبِيُّ ﷺ مَالَهُ⁽⁷⁾، فقد ثبت من خلال هذا الحديث النّهي عن إضاعة الأموال وترشيد آدائها من خلال ضبط البيع بدون غبن.

وأيضا عن ابن شعبة عن المغيرة بن شعبة قال: قَالَ النَّبِيُّ ﷺ: إِنَّ اللَّهَ حَرَّمَ عَلَيْكُمْ عُقُوقَ الْأُمّهَاتِ وَوَأَدَ الْبَنَاتِ وَمَنْعَ وَهَاتٍ وَكَرِهَ لَكُمْ قِيلَ وَقَالَ وَكَثْرَةَ السُّؤَالِ وَإِضَاعَةَ الْمَالِ⁽⁸⁾، فجاء هذا الحديث في نفس السياق

(1) ابن كثير. تفسير القرآن العظيم. ج 2 ص 214 .

(2) سورة النساء . الآية 06.

(3) الطبري . جامع البيان في تأويل القرآن . ج 7 ص 566.

(4) سورة البقرة . الآية 282.

(5) ابن العربي . أحكام القرآن . ج 1 ص 333 .

(6) الحاكم. المستدرک على الصحيحين. كتاب الأحكام. الحديث رقم 7060. ج 4 ص 113.

(7) رواه البخاري: (أنظر: البخاري صحيح البخاري. باب في الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس. باب من ردّ أمر السّففيه والضعيف العقل وإن لم يكن حجر عليه الإمام . الحديث رقم 2413. ج 3 ص 121).

(8) رواه البخاري: (أنظر: البخاري صحيح البخاري. باب في الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس. باب ما يُنهى عن إضاعة المال.... الحديث رقم 2408. ج 3 ص 120).

من حيث الحث على صون المال، ولا يكون ذلك إلا بحسن التدبير، ومنع من به عارض من إهداره بالحجر عليه.

وَعَنْ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ قَالَ: ابْتِغَاءَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ جَعْفَرٍ بَيْعًا فَقَالَ عَلِيٌّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : لَا تَبِيعَنَّ عُثْمَانَ فَلَا حُجْرَ عَلَىكَ، فَأَعْلَمَ ذَلِكَ ابْنُ جَعْفَرٍ الزُّبَيْرِ، فَقَالَ: أَنَا شَرِيكَكَ فِي بَيْعَتِكَ، فَأَتَى عُثْمَانَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: تَعَالَ أَحْجُرُ عَلَى هَذَا، فَقَالَ الزُّبَيْرُ: أَنَا شَرِيكُهُ، فَقَالَ عُثْمَانُ: أَحْجُرْ عَلَى رَجُلٍ شَرِيكُهُ الزُّبَيْرُ؟⁽¹⁾، فواضح أنّ الحجر هو تدبير كان الصّحابة رضوان الله تعالى عليهم يعملون به.

ثالثا: دليل مشروعية الحجر من القانون.

أولى المشرّع عناية للحجر باعتباره سبيلا للحفاظ على المال، وحماية لحقوق الغير ولا سيما الأقارب منهم، وتطرق المشرّع في قانون الأسرة، بأنّه يكون بطلب من أحد الأقارب أو من له مصلحة أو من النيابة العامة وذلك من خلال المادة 102 التي نصّت على: "يكون الحجر بناء على طلب أحد الأقارب أو ممّن له مصلحة، أو من النيابة العامة"، وضمانا لمصداقيته فقد نصّ المشرّع على ضرورة أن يكون الحجر بموجب حكم قضائي حتى يكتسب حجّية، ولا يكون وسيلة تعسّفية في يد من قرّر له القانون ذلك، وهو ما ذهب إليه المادة 103 من قانون الأسرة بنصّها على: "يجب أن يكون الحجر بحكم وللقاضي أن يستعين بأهل الخبرة في إثبات أسباب الحجر".

الفرع الثالث: الحكمة من الحجر وموجباته.

قد يسود الاعتقاد أنّ الحجر فيه إذلال وازدراء للشّخص المحجور عليه، وهو اعتقاد خاطيء بل الهدف منه هو حفظ كرامة الشّخص عبر صيانة ماله، وحفظه له لحين زوال ما أصابه من دواعي تستوجب الحجر عليه، وهو ما سيتمّ معالجته وفقا لمايلي:

أولا: الحكمة من الحجر.

إنّ الحجر ليس إهانة لشخص المحجور عليه، بل هو إجراء يهدف لصونه وحمايته، فهو رحمة به حتى يوقّر له ماله حين تكثّر مسؤوليّاته، حتى لا يواجه الحياة بصعوبة بتراكم المشاكل الماليّة، بل سيجد في ماله المحفوظ طريقة للنّجاة عبر صونه من العبث من الطّامعين به، فالحجر له فائدة للفرد والمجتمع والحفاظ عليهما من خلال تدريب المحجور عليه وتوفير الخدمة اللاّزمة له من تصرّفات وتجارة، حتى لا يكون عالة على المجتمع، ويتولّى وكيل عنه إبرام ما يصبّ في مصلحته خاصّة إذا كان المحجور عليه صغيراً أو مجنوناً أو معتوهاً، فلا يمكنه التّمييز بين ما يضرّه وما ينفعه، فهو ناقص أهليّة.

(1) الشوكاني. نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار. كتاب التّفليس. بابُ الحَجْرِ عَلَى الْمُبْذَرِّ. الحديث رقم 2316 . ج6 ص (20).

فإنّما قرّر الحجر بسبب عجزه عن التصرف في ماله، وإن كان سفيها فهو لا يدرك مواطن حسن التصرف في المال، وإن كان مغفلا فهو غير ملّم بالتصرفات الرّابحة، ويُغبن في البيوع، وإذا كان مدينا كان لزاما الحفاظ على حقوق دائنيه من إمكانية تهريبه لأمواله بقصد الإضرار بهم.

فكان الحجر نظاما صارما يحمي الفرد والمجتمع من ضياع الحقوق المالية، ولا سيما أنّ الله تعالى أوصى الأولياء والأوصياء بالحفاظ على أموال الأيتام⁽¹⁾، ومتوعدا إيّاهم بعذاب شديد من خلال قوله تعالى: ﴿وَلْيَخْشَ الَّذِينَ لَوْ تَرَكَوْا مِنْ خَلْفِهِمْ ذُرِّيَّةً ضِعَافًا خَافُوا عَلَيْهِمْ فَلْيَتَّقُوا اللَّهَ وَلْيَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا* إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا﴾⁽²⁾، فأمرهم باتقاء الله في الأيتام وأولاد الناس؛ وإن لم يكونوا في حجورهم، وأن يشددوا لهم القول كما يريد كلّ واحد منهم أن يفعل بولده بعده⁽³⁾.

ثانيا: موجبات الحجر.

لا يمكن الحديث عن إعمال الحجر كنظام وقائي لأموال المحجور عليه إلا بتوقّر أسباب محدّدة شرعا⁽⁴⁾ وقانونا، فلا يمكن توقيعه على شخص راشد متمتع بكامل قواه العقلية، فأسبابه عديدة منها ما هو متّفق عليه كالصّغر والجنون والعتة بسبب فقد الأهلية أو نقصها، ومنها ما هو مختلف فيه كالسّفه والغفلة والدين، مخافة الإضرار بأموال المحجور عليه وأموال الناس⁽⁵⁾.

كما عدّد المشرّع الجزائري أسباب الحجر من خلال نصّ المادة 101 من قانون الأسرة التي نصّت على: "من بلغ سنّ الرّشد وهو مجنون، أو معتوه أو سفيه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يُحجّر عليه"، فمن خلال هذه المادّة يتّضح أنّ المشرّع قد نصّ على ثلاثة عوارض للأهلية تتيح توقيع الحجر على من أصابته إحداها، وبالرجوع إلى نصّ المادة 81 من قانون الأسرة والتي نصّت على: "من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السنّ، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانونا وليّ أو وصيّ أو مقدّم طبقا لأحكام هذا القانون".

من خلال نصّ هذه المادّة فقد بيّنت وبوضوح عوارض الأهلية، ولكن جرى عدم النصّ على الغفلة التي تُعتبر أحد أهم عوارض الأهلية، غير أنّه تمّ التطرّق إليها في نطاق المادة 43 من القانون المدني في سياق تبين

(1) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 6 ص 281 و 282.

(2) سورة النساء . الآية 09 و 10.

(3) القرطبي. الجامع لأحكام القرآن . ج 5 ص 51.

(4) رأى الفقهاء أنّ أسباب توقيع الحجر تكون بسبب الصّغر، والجنون، والعتة، والسّفه، والغفلة، والحجر على الفاسق، والمريض مرض الموت، وعلى الزّوجة، وعلى المدين المُفلس. (أنظر: وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 6 ص 283...342).

(5) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 6 ص 283.

عوارض الأهلية حيث نصّت المادة على: "كلّ من بلغ سنّ التّمييز ولم يبلغ سنّ الرّشد وكلّ من بلغ سنّ الرّشد وكان سفها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرّره القانون".

كما نصّ المشرّع المغربي على موجبات الحجر وجعلها نوعين: نوع يعدم الأهلية ونوع ينقصها، فنقص الأهلية ممثّلا في المميّز الذي لم يبلغ سنّ الرّشد، والسّفه والمعتوه، مع الأخذ بعين الاعتبار أنّ سنّ التّمييز في المدوّنة هو اثنتا عشرة سنة بحسب المادة 214، بينما فقدان الأهلية ينطوي على الصّغير الذي لم يبلغ سنّ التّمييز والمجنون وفاقد العقل.

كما أشار المشرّع التّونسي إلى أسباب توقيع الحجر من خلال الكتاب العاشر من المجلّة بجعلها مشتملة على الصّغر، الجنون، ضعف العقل، والسّفه، كما أن الحجر بسبب صغر السن يعني عدم بلوغ عشرين سنة والتي تمثّل سنّ الرّشد.

ولا يُعلم السّبب الحقيقي الذي جعل المشرّع الجزائري يستثني الغفلة من أسباب الحجر مع العلم أنّها مُنقصة للأهلية، وناقص الأهلية يستحقّ الحجر عليه، من هذا المنطلق يمكن التّفصيل في أسباب الحجر التي قد تكون محلّ مطالبة من الأقارب وفقا للتّفصيل التّالي:

1- مُطالبة الأقارب بتوقيع الحجر بسبب الجنون والعتة.

يمكن تعريف الجنون على أنّه مرض يصيب العقل فيُفقده ويُعِدُّ التّمييز، أمّا العتة فهو خلل يصيب العقل دون أن يصل لدرجة الجنون، فيكون المعتوه مُختلط الكلام وقليل الفهم، وعلى هذا فالجنون يُصاحبه هيجان واضطراب، على العكس من العتة الذي يكون صاحبه هادئا، كما قد يكون الجنون مُطبّقا أو متقطّعا. ولقد ربطت المادة 107 من قانون الأسرة نفاذ تصرّفات المحجور عليه أو عدم نفاذها بالحكم القاضي بالحجر، حيث نصّت المادة على: "تعتبر تصرّفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها"، ولذلك إذا كانت التصرفات واقعة قبل الحكم بالحجر وكان الجنون أو العتة غير شائع وقت التّعاقد فتصرّفات المحجور عليه صحيحة، أمّا إذا كان الجنون أو العتة شائعا وقت التّعاقد، أو كان المتعاقد على علم بذلك فتكون تصرّفات المجنون أو المعتوه باطلة مطلقا رغم صدورهما قبل الحكم، أمّا إذا كانت التصرفات بعد صدور الحكم المقرّر للحجر فكلّ تصرّفات المجنون أو المعتوه تكون باطلة⁽¹⁾.

2- مُطالبة الأقارب بتوقيع الحجر بسبب السّفه والغفلة.

السّفه هو الحالة التي يوصف بها الشّخص الذي لا يحسن التّصرّف والتّدبير في أمواله، فيُنْفِقُ في غير مواطن الإنفاق، وبالتالي يؤدّي بنفسه إلى الافتقار.

ويمكن إدراج الأسباب الثلاثة الأولى للحجر ممثلة في الجنون والعتة والسّفه ضمن الأسباب الضّروريّة المؤكّدة للحجر، بينما تُعتبر الغفلة من الأسباب الاحتماليّة، التي لم يرد ذكرها في قانون الأسرة الجزائري، مع

(1) فريدة محمدي (زو اوي). المدخل للعلوم القانونيّة نظرية الحق. ص 79 و 80.

أنَّ القانون المدني ذكرها في حالات ناقصي الأهلية وبلوغ أصحابها سنَّ الرشد، وهو ما يعرف عند الفقهاء بذي الغفلة، أي الشخص الذي لا يهتدي إلى التصرفات الربحية، فيُغْبَنُ في المعاملات ويُخدَعُ بسهولة، فهو ضعيف فكريًا ويشبه السّففيه⁽¹⁾.

فمن خلال المادة 42 من القانون المدني التي نصّت على: "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التّمييز لصغر في السنّ، أو عته، أو جنون. يعتبر غير مميّز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة"، وكذا المادة 43 من القانون المدني التي نصّت على: "كلّ من بلغ سنّ التّمييز ولم يبلغ سنّ الرشد وكلّ من بلغ سنّ الرشد وكان سفها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرّره القانون"، والظاهر أنّ المشرّع قد اعتمد في نصّ المادة 42 بالّلغة الفرنسيّة في التّعبير عن العته بلفظ (faiblesse d'esprit)، والجنون بلفظ (démence) الذي يعني بالّلغة الفرنسيّة أيضا العته، بمعنى أنّ المصطلحين متطابقين بالّلغة الفرنسيّة ومُتباينان بالّلغة العربيّة.

أمّا بالنّسبة للمادة 43 من القانون المدني فنصّت على ذي الغفلة بمعنى (frappé d'imbécillité)، وكان قد عبّر عن العته بلفظ (faiblesse d'esprit) بالفرنسيّة، وهما مصطلحان متقاربان ويعنيان ضعف العقل، مع أنّ المعتوه إذا كان ضعيف العقل، فالوصف لا ينطبق على ذي الغفلة، بل هو كامل العقل ولكنّه سيء التّقدير وعلى هذا وجب تفصيل وضبط المصطلحات في النصّ الفرنسي بما يتلاءم وثناء المعنى بالّلغة العربيّة⁽²⁾.

فإذا كانت التصرفات صادرة من طرف السّففيه و ذي الغفلة قبل توقيع الحجر في قابلة للإبطال، لأنّ السّففه والغفلة لا يعدمان التّمييز، فهما عارضان يصيبان نفسيّة الشخص ولا تصيبانه في عقله من النّاحية الطبيّة.

أمّا إذا كانت تصرفاته بعد الحكم بالحجر فإنّها تأخذ منحى تصرفات ناقص الأهلية بسبب صغر السنّ، فإذا كانت ضارّة ضررا محضا كانت باطلة، وإذا كانت نافعة نفعا محضا كانت صحيحة، وإذا كانت دائرة بين النّفع والضّرر فهي قابلة للإبطال، على اعتبار أنّ السّففه والغفلة ليسا مرضين يصيبان العقل ويعدمان الإدراك كما هو الشّأن بالنّسبة للجنون والعته⁽³⁾.

المطلب الثاني: إجراءات طلب توقيع الحجر وآثاره.

إذا توقّرت إحدى الحالات التي تستدعي الحجر على المصاب بإحداها، على أن يتمّ ذلك بطلب مقدّمه أحد الأشخاص الثلاثة⁽⁴⁾، الذين ورد ذكرهم على سبيل الحصر في المادة 102 من قانون الأسرة الجزائري

(1) الغوثي بن ملحّة. قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء. ص 215 و 216.

(2) علي علي سليمان. النظريّة العامّة للإلتزام مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري. ص 51 و 52.

(3) فريدة محمدي (زواري). المدخل للعلوم القانونيّة نظريّة الحق. ص 81 و 82.

(4) عبد العزيز سعد. إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية. ص 168.

والتي نصّت على: "يكون الحجر بناء على طلب أحد الأقارب أو ممّن له مصلحة، أو من النّيابة العامّة"، وعلى ذلك يمكن التّفصيل في شأن من يتولّى طلب الحجر وفقا للتّفصيل التّالي:

الفرع الأول: الأشخاص المعنيون بطلب الحجر.

الفرع الثاني: إجراءات تقديم طلب الحجر والفصل فيه.

الفرع الثالث: آثار الحجر وزواله.

الفرع الرّابع: مدى أهمية تعيين المقدّم في الحكم الصّادر بالحجر.

الفرع الأول: الأشخاص المعنيون بطلب الحجر.

حصرت المادة 102 من قانون الأسرة الجزائري طائفة الأشخاص الذين يحقّ لهم طلب توقيع الحجر بموجب دعوى، ويتعلّق الأمر بأحد الأقارب أو من له مصلحة في ذلك، أو بطلب من النّيابة العامّة، وجاء النّص حصريا وليس على سبيل المثال وهو ما سيتمّ تفصيله كما يلي:

أولا: أحد الأقارب.

جاءت المادة فضفاضة في وصف الأقارب ولم تُعطِ ضبطا محدّدا لهم، حيث يتنوّع هؤلاء بحسب درجة قربهم من الشّخص المحجور عليهم، وتناولت المواد 32 إلى 35 من القانون المدني الجزائري الحديث عنهم، فنصّت المادة 32 على: "تتكوّن أسرة الشّخص من ذوي قرياه ويعتبر من ذوي القربى كلّ من يجمعهم أصل واحد"، ويمكن أن تتنوّع القرابة بين المباشرة التي تجمع أشخاصا معيّنين كفروع أصول، وكذا قرابة الحواشي الذين يجمعهم أصل واحد دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر وهو ما أشارت إليه المادة 33 من القانون المدني. فضلا عن المصاهرة التي شملتها المادة 35 والنّاشئة عن رابطة الزّوجيّة، حيث يحتفظ كلّ زوج بنفس درجة القرابة مع أقارب قريته على أن تسمّى مصاهرة.

وبهذه الطّريقة التي اعتمدها المشرّع من حيث عدم تحديد أي من الأقارب الذين يمكنهم رفع دعوى الحجر، فإنّ الأمر يتّسع لهم ككلّ، وهو الأمر الذي لا يمكن تصوّره، خاصة من قبل الأصهارالذين تربطهم علاقة ليست بالمتانة التي تربطه بالفروع أو الأصول، وبناء على النّص القانوني يمكنهم رفع دعوى الحجر عليه.

ثانيا: من له مصلحة.

المصلحة قائمة إذا استندت إلى حقّ أو مركز قانوني، فيكون الهدف من اشتراطها ضمانا لجديّة الالتجاء للقضاء، ويمكن أن تكون المصلحة منصّبة على عامل افتراضي قد يتولّد مستقبلا، فالمصلحة المحتملة هي تلك التي يكون الهدف من ورائها منع وقوع ضرر محتمل كحالة الخشية من تصرّف المطلوب الحجر عليه في ماله لتعمّده الإضرار بورثته، فمصلحتهم تبقى احتماليّة، غير أنّ ترجيح كفة الإضرار بهم تمنحهم حقّ رفع

دعوى الحجر عليه⁽¹⁾، وينطبق الأمر ذاته على دائنيه الذين يخشون أن يتصرف في ماله ويهزبه وبالتالي لا يسدّد ما عليه من دين تجاههم.

ثالثا: النيابة العامة.

يمكن أن تتدخل النيابة العامة بطلب الحجر على الشخص الذي يستدعي ذلك، ويكون تدخلها كطرف أصلي في الدعوى ولها الصفة في ذلك، فتكون مدعية والشخص المراد الحجر عليه مدعى عليه، بينما لم يوضّح المشرّع كفاية كيفية مباشرتها لدعوى الحجر⁽²⁾، كما أنّ المادة 3 مكرّر من قانون الأسرة قد جعلت من النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا المطروحة للنظر بخصوص الأسرة، فنصّت على: "تعدّ النيابة العامة طرفا أصليا في جميعا القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون".

الفرع الثاني: إجراءات تقديم طلب الحجر والفصل فيه.

إنّ تقرير الحجر يكون بموجب حكم قضائي وفقا لما أشارت إليه المادة 103 من قانون الأسرة الجزائري التي نصّت على: "يجب أن يكون الحجر بحكم وللقاضي أن يستعين بأهل الخبرة في إثبات أسباب الحجر"، ويمكن تفصيل إجراءات تقديم طلب الحجر كما يلي:

أولا: الاختصاص النوعي والإقليمي للجهة القضائية النّازرة في مسألة الحجر.

ينبغي قبل رفع دعوى تخصّ توقيع الحجر أو زواله مراعاة الاختصاص القضائي وفقا لما يلي:

1- الاختصاص النوعي لنظر دعوى الحجر.

بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية فقد نصّ المشرّع على أنّ قضايا الحجر ترفع أمام قسم شؤون الأسرة، وفقا لما نصّت عليه المادة 423 بنصّها على: "ينظر قسم شؤون الأسرة، على الخصوص في الدعاوى الآتية: 5- الدعاوى المتعلقة بالولاية وسقوطها والحجر....".

2- الاختصاص الإقليمي لنظر دعوى الحجر.

يُرفع طلب الحجر أمام قاضي شؤون الأسرة بالمحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها موطن المحجور عليه، وإذا رأى القاضي أنّ طلب الفصل في مسألة الحجر يستدعي الاستعانة بأهل الخبرة للوقوف على مدى صحة الإدعاء بحاجة الشخص المطلوب الحجر عليه لذلك، فإذا تحقّق من ذلك يأمر بتعيين خبير، وبعد ذلك يمكنه أن يصدر حكما للفصل في موضوع الحجر بالقبول أو الرفض مع التّسبيب، على أن يكون الحكم قابلا للطعن ووجوب نشره للإعلام به وإشهاره⁽³⁾.

(1) عبد الرحمان بربارة. شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ص 38 و 39.

(2) شاوش أسماء. الحجر القضائي. ص 70.

(3) عبد العزيز سعد. إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية. ص 169.

ثانيا: حقّ المحجور عليه في الدّفاع عن مصالحه.

أقرّت المادة 105 من قانون الأسرة الجزائري بحقّ المحجور عليه في الدّفاع عن حقوقه قبل الحكم بالحجر عليه عبر إمكانية تعيين مساعد له من قبل المحكمة. فنصّت المادة على: "يجب أن يُمكن الشّخص الذي يُراد التّحجير عليه من الدّفاع على حقوقه وللمحكمة أن تعيّن له مساعدا إذا رأت في ذلك مصلحة"، فالهدف المرجو من ذلك هو الحفاظ على مصالح الشّخص المراد التّحجير عليه، غير أنّ المشرّع لم يحدّد طريقة ذلك من خلال قانون الأسرة، لكن من خلال الواقع العملي من القضاة من يتولّى بصفة تلقائية تعيين محام في الجلسة، فيتولّى هذه المهمة إذا لم يكن للشّخص المعني دفاع، وهناك أيضا من القضاة من يرسل نقابة المحامين لتعيين محام تلقائيا عن المراد الحجر عليه باتّباع نفس الإجراءات المعمول بها في الجزائي، ويلزم القاضي بتعيين المحامي عن هذا الشّخص، وهو ما أكّده قرار المحكمة العليا الذي نصّ على: "حيث بالفعل وبالإطلاع مرّة أخرى على القرار المطعون فيه يتبيّن أنّ الطّاعن كان فعلا قد طالب أمام قضاة الاستئناف تعيين محاميا للمطعون ضدها المحجور عليها أمّه (ح.ز) قبل أن يفصلوا في الاستئناف إلاّ أنّ هذا الدّفع قد رفض بدعوى وأنّ الطّلب ليس له ما يبرّره وأنّ السّلطة التّقديرية في تعيين المحامين متروك لقاضي الموضوع، وفي الحقيقة أنّ مثل هذا التّعليل قد جانب الصّواب وخالف القانون وخاصّة ما نصّت عليه المادة 107 من قانون الأسرة، التي توجب على القضاء أن يملك الشّخص المراد الحجر عليه من مُحام ليتولّى الدّفاع عن مصالحه، الأمر الذي يتعيّن معه نقض القرار المطعون فيه"⁽¹⁾.

ثالثا: الخبرة الطّبية.

حتى يقف القاضي الذي يعالج قضية الحجر على مدى جدية الباعث للحكم بالحجر على شخص ما، فإنّ القانون قد منحه سلطة الاستعانة بذوي الخبرة في هذا المجال، ويراعى القاضي في ذلك ما جاء في شأن الخبرة إذا كان السّبب يتعلّق بالجنون والعته، من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية لا سيما المواد من 125 إلى 145 وهو ما يزكّيه قرار المحكمة العليا الذي نصّ على: "يثبت المرض العقلي الذي يبطل التصرف القانوني بموجب خبرة طبيّة صادرة من طبيب مختصّ وليس بشهادة الشّهود"⁽²⁾، أمّا إذا كانت الدّعوى مبنية على أساس السّفه والغفلة والتي يستدعي إثباتهما الخبرة الطّبية فإنّها تخضع لأحكام المواد 75 إلى 107 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 2005/07/13- ملف رقم 336017- (المجلة القضائية لسنة 2005. العدد الأول ص 331).

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 2002/02/13- ملف رقم 273529- (المجلة القضائية لسنة 2003. العدد الثاني ص 293).

رابعاً: صدور حكم الحجر.

بعد استكمال القاضي لجميع الإجراءات المنصوص عليها بخصوص التأكّد من ضرورة توقيع الحجر على الشّخص الذي يستحقّه بتوافر سببه الوجيه والدّاعي لذلك، بعد صدور تقرير الخبرة المؤيّد لمدى نقص أهليّة الشّخص المعني، فإنّ القاضي يصدر حكمه بالحجر على أن يكون هذا الحكم قابلاً للطّعن فيه بالطّرق العادية وغير العادية، كما يجب نشره بهدف إعلام الغير⁽¹⁾ وهوما نصّت عليه المادة 106 من قانون الأسرة التي نصّت على: "الحكم بالحجر قابل لكلّ طرق الطّعن ويجب نشره للإعلام".

الفرع الثالث: آثار الحجر وزواله.

بعد صدور الحكم القاضي بالحجر فإنّه تترتّب بعض الآثار على ذلك، ويأتي في مقدّمتهما تعيين مقدّم يتولّى تسيير أموال المحجور عليه بسبب عدم قدرته على التصرف في ماله، فضلاً عمّا يعتري تصرف الشّخص المحجور عليه من أحكام قبل وبعد صدور الحكم، تمثّل آثاراً للحجر، وهوما سيتمّ طرحه كما يلي:

أولاً: آثار الحجر.

تشمل آثار الحجر مسائل مهمّة تخصّ من وقع عليه الحجر من تقييد تصرفاته بعد صدور الحكم وفقاً لما يلي:

1- وجوب تعيين مقدّم.

في صورة ما قرّر قاضي قسم شؤون الأسرة بالمحكمة قبول طلب الحجر، وأصدر حكماً بذلك فعليه أن يحكم للمحجور عليه إن لم يكن له وليّ أو وصيّ، أن يعيّن له في نفس حكم الحجر مقدّماً يتولّى رعاية المحجور عليه والحفاظ على ماله⁽²⁾، وهوما أشارت إليه المادة 104 من قانون الأسرة الجزائري التي نصّت على: "إذا لم يكن للمحجور عليه وليّ، أو وصيّ وجب على القاضي أن يعيّن في نفس الحكم مقدّماً لرعاية المحجور عليه والقيّام بشؤونه مع مراعاة أحكام المادة 100 من هذا القانون".

مع الأخذ بعين الاعتبار أنّ المادة 100 من قانون الأسرة قد سوّت بين سلطات المقدّم والوصيّ، والذي أيضاً له نفس سلطات الوليّ وفقاً لنص المادة 95 من قانون الأسرة.

2- منع المحجور عليه من التصرف في ماله.

ينبغي التّفريق بين تصرفات المحجور عليه الصّادرة منه قبل الحكم وبعده، حيث فصلت في ذلك المادة 107 من قانون الأسرة الجزائري بنصّها على: "تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها"، وعليه يمكن تفصيل ذلك كما يلي:

(1) شاوش أسماء. الحجر القضائي. ص 77.

(2) عبد العزيز سعد. إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية. ص 169.

أ- تصرفات المحجور عليه قبل صدور الحكم بالحجر.

من خلال نصّ المادة 107 من قانون الأسرة يتّضح أنّ المشرّع قد جعل من تصرفات المجنون والمعتوه صحيحة قبل صدور الحكم بالحجر متى لم يعلم الطرف الآخر بهذه العوارض التي لم تكن فاشية ومن يدّعي خلاف ذلك أن يقدّم الإثبات لأنّ الجنون والعتة عارضان، وهدف ذلك هو حماية الغير حسن النية، وإذا لم يكن الطرف الآخر جديرا بالحماية فإنّ القانون يبطل تصرف المجنون والمعتوه، لا سيما إذا كان ذلك فاشيا وظاهرا وقت التعاقد، أو كان الطرف المتعاقد على علم بالجنون أو العتة أو بإمكانه العلم بذلك، فنتيجة لذلك لن يفاجأ بإبطال العقد.

فهذا الوصف يجعل من تصرفات المجنون والمعتوه صحيحة بخصوص كونها نافعة نفعا محضا له أو ضارة أو دائرة بين النفع والضرر، ولا يمكن الاحتجاج ببطلانها طالما لم يكن الجنون أو العتة فاشيا. أما بخصوص تصرفات السفيه وذي الغفلة فتصرفاتهما صحيحة طبقا لأحكام المادة 107، لأنّهما غير فاقدين للإدراك، مالم تكن حالتهما فاشية وبادية واللّتان لا تكونان عادة ظاهرة، ولم يبيّن المشرّع الجزائري ذلك على الرّغم من تضمّن القانون المدني لعيب الاستغلال الذي يعيب الإرادة بموجب المادة 90 من القانون المدني، والذي قد ينصبّ على سفه أو غفلة المتعاقد واستغلال ذلك بغية الحصول على رضاه، الذي لولا ذلك لن يُقدّم على التعاقد، مستغلا في ذلك هوى جامحا أو طيشا بيّنا، وقد يتمّ التواطؤ بأن يتعاقد شخص مع سفيه أو ذي غفلة ويعلم مسبقا بالحجر عليه فيتعمّد السفيه أو ذو الغفلة تهريب أمواله قبل توقيع الحجر عليه قبل الحجر عليه.

ورأت المحكمة العليا أنّه لا يمكن الحكم على تصرفات المريض قبل توقيع الحجر عليه إلّا إذا أثبتت الخبرة أنّ مرضه كان متفشيا وظاهرا، وهو ما بيّنه القرار الذي نصّ على: "لا يمكن الحكم على التصرفات القانونية الواقعة قبل الحجر على المريض إلّا إذا أثبتت الخبرة بأنّ المرض كان متفشيا وظاهرا"⁽¹⁾.

ب- تصرفات المحجور عليه بعد صدور الحكم بالحجر.

فصلت المادة 107 من قانون الأسرة بشأن تصرفات المحجور عليه بعد صدور الحكم القاضي بتوقيع الحجر ورّبت بطلانها، ولم تفصل في السبب المؤدّي لتوقيع الحجر من جنون أو عته أو سفه أو غفلة المؤدّي للبطلان المطلق الذي يمكن لكلّ ذي مصلحة التمسك به ولا يترتب عليه أي أثر ولا تصحّحه الإجازة ولا التّقدم⁽²⁾، وما يؤخذ على المادة 107 من قانون الأسرة أنّها لم تبيّن بوضوح نوع البطلان النّاتج عن تصرفات المحجور عليه بعد صدور حكم الحجر عليه، لا سيما إذا كان السبب يتعلّق بالجنون والعتة، لكن من خلال استقراء أحكام المادة 42 التي تنصّ على: "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنيّة من كان فاقدا التّمييز لصغري

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 2002/06/05- ملف رقم 230962 - (المجلة القضائية لسنة 2003، العدد الثاني ص 296).

(2) محمد صبري السعدي. شرح القانون المدني الجزائري النظريّة العامّة للإلتزامات. ج1 ص 248.

السَّن، أو عته، أو جنون. يعتبر غير مميّز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة"، يتّضح أنّ كلاً من المجنون والمعتوه غير مميّزين وعلى ذلك فتصرّفاتهما باطلة بطلانا مطلقا وحكمها حكم الصّبي غير المميّز.

تعدّ تصرّفات السّففيه وذي الغفلة بعد صدور الحكم بالحجر في حكم تصرّفات الصّبي المميّز الذي بلغ سنّ 13 سنة ولم يبلغ بعد سنّ 19 سنة وتكون تصرّفاتهما إمّا نافعة نفعا محضا له فهي جائزة وصحيحة وهي ما من شأنه أن يعود عليه بالنّفع وإثراء ذمّته الماليّة كالهبة له أو الإيضاء له، أو ضارّة ضررا محضا وهي ما ينقص ذمّته الماليّة وهي باطلة حتى بإذن الوليّ ومثال ذلك الهبة والوصية للغير، وتصرّفات تدور بين النّفع والضّرر وهي من شأنها أن تنفعه أو تضرّه بحسب التصرّف كالبيع والإيجار وهذه الأخيرة تستدعي إجازة الوليّ لنفاذها.

على هذا الأساس إذا أجاز المقدّم تصرّفات المحجور عليه نفذت وإن ردّها بطلت، ويُعاد الطّرفان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التّعاقد وفقا للمادة 103 من القانون المدني التي نصّت على: "يُعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله، فإن كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل. غير أنّه لا يلزم ناقص الأهليّة، إذا أبطل العقد لنقص أهليّته، إلّا برّد ماعاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد. يحرم من الاسترداد في حالة بطلان العقد من تسبّب في عدم مشروعية أو كان عالما به"، فالسّففيه أو ذو الغفلة لا يرّد إلّا ما عاد عليه بمنفعة حقيقية ولا يرّد ما أنفقه ولم يُعدّ عليه بالنّفع، والهدف من ذلك هو حماية هذه الفئة وتنبيه من يريد التّعاقد من إمكانية فقد جزء من ماله جرّاء التّعاقد على هذا النّحو⁽¹⁾.

وقد جعلت المحكمة العليا من تصرّفات المحجور عليه باطلة بعد صدور الحكم وهو ما تضمّنه القرار الذي نصّ على: "من المقرّر قانونا أنّ تصرّفات التي يقوم بها المحجور عليه تعتبر باطلة بطلانا مطلقا، ومن ثمّ فإنّ النّعي على القرار المطعون فيه بانعدام وقصور الأسباب ليس في محلّه. ومتى تبين- في قضية الحال- أنّ قضاة المجلس لما قضوا بإبطال عقد الشّهرة على اعتبار أنّ الواهب كان محجورا عليه ولا يجوز له إبرام التصرّفات القانونيّة، فإنّ القضاة بقضائهم كما فعلوا طبّقوا القانون تطبيقا سليما"⁽²⁾.

كما يترتّب على الحكم الصّادر والقاضي بتوقيع الحجر القانوني منعه خلال فترة تنفيذ العقوبة من مباشرة جميع حقوقه الماليّة، وهو ما تبنّته المحكمة العليا بقرارها الذي نصّ على: "من المقرّر قانونا أنّ المحكوم عليه بالحجر القانوني يحرم عليه أثناء تنفيذ العقوبة من مباشرة حقوقه الماليّة، ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف ذلك يعدّ مخالفا للقانون. ولما كان من الثّابت- في قضية الحال- أنّ الطّاعن محكوم عليه

(1) شاوش أسماء. الحجر القضائي. ص 79.

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 17/03/1998- ملف رقم 264458 - (المجلة القضائية لسنة 1998. العدد الثاني ص 82).

بعقوبة جنائية، فإنّ قضاة الموضوع برفضهم لدعواه الرّامية إلى إبطال البيع الي أنجزه أثناء تنفيذه لعقوبة الجنائية يكونوا قد أخطأوا في تطبيق القانون⁽¹⁾.

غير أنّ المشرّع المغربي قد أجاز إمكانية تسليم الصّغير لجزء من أمواله لإدارتها بغية اختباره، وفقا للمادة 226 من المدوّنة، فيمكن فسح المجال له بطريقة مقيّدة وغير مطلقة، لأنّه يحتاج للتّمرين على ممارسة الأعمال التي أصبح على وعي صحيح لها، وهو أيضا يحتاج لحماية حقوقه من سوء تصرفاته وأخطائه المتوقّعة، فيحمي نفسه بنفسه، لأنّه لا يزال قاصرا لم يبلغ عقله مرحلة النّضج⁽²⁾.

ثانيا زوال الحجر.

ينتهي الحجر بانقضاء السّبب المُوجب له⁽³⁾، إذ لا فائدة تُرجى من إبقاءه طالما زال السّبب الجاعل من إبقائه أمرا ضروريّا حفاظا على مصالحه وأمواله، ومن النّاحية الشّرعية يختلف رفع الحجر بحسب سبب الحجر.

فبالنسبة للسّففيه يمكن رفع الحجر عليه إذا ظهر منه الرّشد وذلك من خلال حرصه على ماله، ولابدّ من قرار القاضي برفع الحجر، لأنّ ما كان بحُكم لا يزول إلّا بحُكم، ويرفع أيضا الحجر عن المفقّل إذا ظهر من خلال تصرفاته حسن التصرّف ويكون ذلك أيضا بموجب حكم القاضي.

أما بالنسبة للمجنون فإنّ الحجر يُرفع عنه بدون حكم القاضي بالاتّفاق إذا زال عنه الجنون وشفي وعاد إلى عقله، والأمر ينطبق على المعتوه باكتمال قواه العقليّة وزال تخبّطه في الكلام⁽⁴⁾.

أما إذا كان المحجور عليه صغيرا غير مميّز، فإنّ الحجر يُرفع عنه عن بعض التصرفات عند الحنفيّة والمالكيّة إذا بلغ سنّ السّابعة⁽⁵⁾، وأما إن كان مميّزا فيرفع عنه الحجر لسببين أحدهما إذن الوليّ بالتّجارة عند الجمهور غير الشّافعيّة⁽⁶⁾، حيث يزيل الإذن بالتّجارة الحجر، لاسيما عن التصرفات الدّائرة بين الضّرر والنّفع، أما عند الشّافعيّة لا يزول، وأما السّبب الآخر فهو بلوغه عاقلا رشيدا دون الحاجة للتّرشيد أو حكم القاضي عند الجمهور غير المالكيّة.

وعند المالكيّة فالصّغير ذو الأب يزول الحجر عنه إذا بلغ راشدا دون حكم الحاكم، وإذا كان عليه وصيّ من الأب فيزول عنه بترشيد منه دون الحاجة لإذن الحاكم، وإن كان وصيّ من القاضي فيزول حجره

(1) المحكمة العليا- الغرفة المدنية - قرار صادر بتاريخ 1986/06/29- ملف رقم 43476- (المجلة القضائية لسنة 1993. العدد الأول ص 14).

(2) عبد الكريم شهبون. الشّافي في شرح مدوّنة الأسرة. ج 2 ص 49 .

(3) ابن قدامة. المغني. ج 4 ص 543.

(4) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 6 ص 343 و 344.

(5) ابن عابدين . حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبوحنيفة. ج 6 ص 155؛ بن جزي . القوانين الفقهية. ص 594.

(6) الشريبي. مغني المحتاج. ج 2 ص 169.

بالترشيد بإذن القاضي، والترشيد هو أن يقول الوصي: شهدوا أنني فككت الحجر عن فلان، وأطلقت له التصرف، لما قام عندي من رشده وحسن تصرفه، ويمكن للقاضي أن يرشده سواء كان بوصي أو بدونه إذا ثبت رشده، بينما تبقى الأنثى حتى تتزوج عند أبيها ويدخل بها وتكون راشدة، أو يرشدها أبوها قبل الدخول أو بعده⁽¹⁾.

أما عند المشرع الجزائري وبالرجوع للمادة 108 من قانون الأسرة فإنها أشارت إلى إمكانية رفعه إذا زالت الأسباب الداعية لتوقيعه بطلب من المحجور عليه، فنصت على: "يمكن رفع الحجر إذا زالت أسبابه بناء على طلب المحجور عليه"، ولا يوجد نص إجرائي يبين كيفية طلب رفع الحجر المقدم من طرف المحجور عليه، ولذلك فالإجراءات لا تختلف عن تلك الخاصة بطلب الحجر⁽²⁾.

فيمكن للقاضي مراجعة حكمه المتعلق بالحجر ورفعها إذا زالت أسبابه بطلب من المحجور عليه، وللقاضي اتخاذ كافة التدابير للتحقق من زوال سبب توقيع الحجر مع الاستعانة بالخبرة، وتبقى للقاضي السلطة التقديرية في رفع الحجر من عدمه، على أن يكون رفع الحجر بموجب حكم قابل للطعن وأن يُنشر للإعلام⁽³⁾.

أشار المشرع المغربي إلى انتهاء الحجر بالنسبة للقاصر إذا بلغ سن الرشد، وكذا إمكانية أن يطلب المحجور عليه بسبب إعاقة ذهنية أو سفه، أن يطلب هو أو نائبه الشرعي، رفع الحجر عنه من المحكمة إذا أنس من نفسه الرشد، كما يمكن للقاصر إذا بلغ سن السادسة عشرة أن يطلب ترشيده من المحكمة، وفقا للمادة 218 من المدونة، مع العلم بأن سن الرشد في القانون المغربي هي ثمانية عشر سنة كاملة.

كما أنه إذا لاحظ النائب الشرعي أن المحجور عليه قبل أن يبلغ سن الرشد مصاب بإعاقة ذهنية أو سفه، رفع الأمر إلى المحكمة التي قد تعتمد إلى تمديد فرض الحجر عليه، معتمدة على كافة الوسائل الشرعية للإثبات، ويتم رفع الحجر عن فاقد العقل والسفيه والمعتوه من تاريخ زوال هذه العوارض، وأن يكون الحكم الصادر برفع الحجر بناء على طلب المعني أو النيابة العامة أو من له مصلحة، ويتم شهره حتى يعلم به الغير ليكون على بينة من الوضعية القانونية للمعني بالأمر عند إرادة التعاقد معه، ويكون إشهار ذلك الحكم منوط بسلطة المحكمة التي قد تكتفي بتعليقه في لوحة المحكمة، وقد يعلق في أماكن متعددة وينشر في الجرائد، وغير ذلك من وسائل الإشهار⁽⁴⁾.

كما أشار المشرع التونسي إلى انتهاء الحجر بموجب حكم، لأنه صدر بحكم، باستثناء الحجر بسبب الصغر، ويمكن للمحجور عليه أن يتقدم بطلب رفع الحجر عنه إلى المحكمة بدون وساطة⁽⁵⁾.

(1) بن جزي . القوانين الفقهية. ص 594.

(2) عبد العزيز سعد . إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية. ص 170.

(3) الرشيد بن شويخ . الوصية والميراث شرح قانون الأسرة الجزائري. ص 327.

(4) عبد الكريم شهبون. الشافي في شرح مدونة الأسرة. ج 2 ص 34 و 40 .

(5) أحمد نصر الجندي. الأحوال الشخصية في القانون التونسي. ص 239.

الفرع الرابع: مدى أهمية تعيين المقدم في الحكم الصادر بالحجر.

من بين أهم الآثار المُنْبَثقة عن الحكم المنشئ للحجر هو تعيين مقدم، يتولى تسيير أموال المحجور عليه باسمه ولحسابه إلى غاية صدور حكم بزوال الحجر عنه، وقد تضمنه المشرع الجزائري في المادتين 99 و 100 من قانون الأسرة والجزائري، وأعطى المقدم نفس الأحكام المتعلقة بالوصي وهي نفس الأحكام الخاصة بالولي، وسيتم التفصيل في هذا الشأن كما يلي:

أولاً: تعريف التقديم.

إنّ الهدف المرجو من التقديم يتطابق مع الهدف المُسَطَّر من الولاية والوصاية، فضلاً على اعتباره أثراً من آثار الحكم بالحجر، ولقد نصّ على ذلك المشرع الجزائري في المادتين 99 و 100 من قانون الأسرة، ولذلك ينبغي التعرّيج على تعريف التقديم الذي يُعرف أيضاً بالقوامة وفقاً للتفصيل التالي:

1- تعريف التقديم في اللغة.

التقديم من قَدَم بمعنى جعل شخصاً قُدَّامه⁽¹⁾، بالفرنسية (la curatelle)⁽²⁾، وبالانجليزية (Guardianship)⁽³⁾ وهو بمعنى التقريب والتفضيل والتبجيل⁽⁴⁾ ويقال أقدم على الأمر بمعنى شَجَع⁽⁵⁾ ويعني أيضاً جعله يُقْبَلُ على فعل الشئ⁽⁶⁾.

يتّضح من المعاني العديدة للتقديم تمحورها حول وجود شخص يجعل آخر أمامه أو يساعده على فعل الشئ أو تفضيله وتشجيعه.

2- تعريف التقديم في الاصطلاح.

لم ترد الكثير من التعريفات في شأن التقديم بهذا اللفظ، بل إنّ معظم المعالجات لهذا النظام انصبّت حول طرق إعماله وعلى من يتولّى ذلك ممثلاً في المقدم أو القيم، أي التّركيز على الجانب الشّخصي أكثر من الجانب الموضوعي، وعلى كلّ يمكن تعريفه على أنّه "الموافقة على التصرف"⁽⁷⁾.

فبرغم بساطة هذا التعريف وشموليته فإنّه يعكس بجلاء المراد من التقديم في مرافقة من يخضع له ممثلاً في القاصر من قبل المقدم على أمواله، شأنه في ذلك شأن الولاية والوصاية من حيث الأهداف، بينما يكمن وجه الاختلاف في طريقة التعيين.

(1) محمد رواس قلعة جي؛ حامد صادق قنبيبي. موسوعة فقه ابن عباس. معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي، مكة المكرمة المملكة العربية السعودية، ط1. 1985. ج1 ص 141.

(2) ابتسام القرّام. المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري. ص 14.

(3) محمد رواس قلعة جي؛ حامد صادق قنبيبي. معجم لغة الفقهاء. ص 373.

(4) أحمد بن محمد بن علي الفيومي. المصباح المنير. ص 181.

(5) الفيروز أبادي. القاموس المحيط. ص 1295.

(6) إبراهيم مصطفى وآخرون. المعجم الوسيط. ص 720.

(7) محمد رواس قلعة جي؛ حامد صادق قنبيبي. موسوعة فقه ابن عباس. ج1 ص 141.

كما أنّ التّقديم يرد أيضا بمعنى القِوامة التي يقصد بها: "القيام على الأمر أو المال ورعاية المصالح"⁽¹⁾، فواضح مدى تركيز التعريف بالرغم من عموميتّه على أهمّ الأهداف المرجوة وتقاطعها مع الولاية والوصاية. كما أنّ المشرّع الجزائري قد أعطى التّقديم نظرة بسيطة من خلال المادة 99 من قانون الأسرة حيث بيّن آلية عمل المقدّم وعرفها من خلال النصّ على: "المقدّم هو من تعيّنه المحكمة في حالة عدم وجود وليّ أو وصيّ على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها بناء على طلب أحد أقاربه، أو ممّن له مصلحة أو من النيابة العامة". من خلال تعريف المادة للمقدّم فإنّها ركّزت على تعيينه من قبل القضاء إذا انعدم الوليّ أو الوصي، في حين توجد بعض التعريفات التي تربط بين الحجر وتعيين المقدّم الذي يُدير أموال المحجور عليه نيابة عنه خلال فترة الحجر عليه، فالمقدّم وفقا لهذه الفكرة تعيّنه المحكمة المختصة بالأحوال الشّخصية بغرض رعاية أمواله وإدارتها تحت إشرافها وفقا لأحكام القانون⁽²⁾، فالمقدّم يعيّن قضائيا بعد الحكم بالحجر بهدف إيجاد حلّ لإدارة أموال المحجور عليه خلال فترة الحجر، حفاظا على سيرورة مصالحه وعدم تجميدها بسبب الحجر، لا سيما المحافظة على حقوق الغير.

ثانيا: تعيين المقدّم ووظيفته.

يتمّ تعيين المقدّم من طرف القاضي ويتولّى مهمة تتطابق مع مهمة كلّ من الوليّ والوصيّ، وهو ما سيتمّ تفصيله كما يلي:

1- تعيين المقدّم.

نصّت المادة 100 من قانون الأسرة الجزائري على: "يقوم المقدّم مقام الوصيّ ويخضع لنفس الأحكام"، وعلى هذا فإنّ الشّروط المطلوب توافرها في المقدّم هي نفسها تلك المطبّقة على الوصيّ، حيث تضمّنتها المادة 93، فيجب على المقدّم أيضا أن يكون مسلما، عاقلا، بالغاً، قادرا وأمينا على تولّي هذه المهمة ويحسن التصرف بهدف تنمية أموال القاصر.

فللقاضي السّلطة المطلقة في تعيين المقدّم والذي يحبّد أن يكون من أقارب القاصر، مراعاة لرابطة القرابة والحرص على رعايته والشّفقة عليه أكثر من شخص أجنبي، وفي حالة عدم وجود أحد الأقارب يتمّ تعيين شخص آخر، وهو ما جاء في صلب قرار للمحكمة العليا بنصّه على: "... لكن حيث أنّه يتبيّن بالرجوع إلى القرار المطعون فيه أنّ قضاة المجلس سبّبوا قرارهم تسببا قانونيا سليما، كما تطرّقوا إلى مسألة الولاية على المال وأنّ المطعون ضدها (ب.ن) حفيده المطعون ضده الثاني أصلح للقيام بمهمة المقدّم لكونها تعيش مع جدّها المطلوب الحجر عليه، وأنّها متعوّدة على القيام بشؤونه الخاصّة المالية منها، كما اعتبروا أنّ الطّاعن لم يقدّم ما يثبت أنّه متعوّد على تسيير شؤون والده وأنّه متواجد بعيدا عنه بحكم إقامته وعمله بالعاصمة.

(1) محمد رواس قلعة جي؛ حامد صادق قنيبي. المرجع نفسه. ج 1 ص 372.

(2) كمال حمدي. الولاية على المال. ص 221.

وحيث أنّ هذا التّسبب كاف ولا رقابة للمحكمة العليا على قضاة المجلس في ذلك مادام ذلك التّسبب يوصل إلى التّتيعة التي توصّلوا إليها⁽¹⁾.

فلا يمكن لقضاة الموضوع أن يعيّنوا للمحجور عليه محضرا قضائيا بصفته مقدّما، خاصة إذا ثبت أنّ لديه أقارب، وهو ما أقرّت به المحكمة العليا من خلال قرارها الذي نصّ على: "حيث أنّه وكما هو ثابت من وقائع القضية، أنّ الطّاعن تمّ الحكم عليه بالسّجن لمُدّة عشرين سنة عن جريمة القتل العمدي، وتبعاً لذلك فهو يخضع لأحكام المادة التاسعة مكرّر من قانون العقوبات، والتي جاء فيها مايلي: "في حالة الحكم بعقوبة جنائية، تأمر المحكمة بالحجر القانوني الذي يتمثّل في حرمان المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبة الأصليّة". وتبعاً لذلك، أصبح هذا الشّخص محجورا عليه بقوة القانون، ومن ثمّ فلا يخضع لأحكام المادة 101 وما يليها من قانون الأسرة، إذ يجب على قضاة الموضوع إذا ما ثبت لديهم أنّ الطّاعن لم يكن له قيّم، وجب عليهم أن يعيّنوا له قيّمًا ليتولّى إدارة أمواله أثناء تنفيذ تلك العقوبة، ولا يصحّ لهم أن يعيّنوا له مُحضرا قضائيا والذي يعدّ من الغير، إلّا إذا ثبت لديهم أنّ المحكوم عليه ليس له قريب. وحيث أنّ قضاة الموضوع عندما انتهوا إلى تعيين المُحضّر القضائي قيّمًا على الطّاعن بدلا من تعيين أحد أقاربه، فإنّ في ذلك مخالفة للمادة 101 وما يليها من قانون الأسرة، ويعرّض قرارهم للنقض..."⁽²⁾.

وقد أحسن المشرّع المغربي حينما حدّد نطاق المعنيين بالتّقديم، حيث يجب على القاضي مراعاة أن يكون المقدّم من العصابات، وإن انعدموا فمن الأقارب الآخرين، وإلّا فمن غيرهم، وفقا للمادة 244 من المدونة.

والملاحظ كذلك أنّ المشرّع المغربي قد جمع بين الوصيّ والمقدّم من حيث الشّروط الواجب مراعاتها في كليهما، وحرصا منه على ضبط سلوكهما فقد نصّ على إمكانية أن تعيّن المحكمة مشرفا يتولى مراقبة نشاط الوصيّ أو القيّم، ويوجّهه بما يتلاءم ومصلحة المحجور، وتبليغ المحكمة بما قد يراه من تقصير أو خشية أن يحصل تبديد لمال المحجور، وفقا لنصّ المادة 248 من المدونة، فالقاضي له الولاية العامة التي بموجبها يستطيع أن ينصّب بجانب الوصيّ أو المقدّم شخصا آخر يتولى الإشراف، وتقتصر مهمّته على تتبّع تصرفات الوصيّ أو المقدّم، وتوجيهه أدبيا وتدييره، والعمل على تبليغ القاضي المكلف بشؤون القاصرين بكلّ ما من شأنه المساس بمصلحة القاصر⁽³⁾.

كما يتعيّن على المقدّم الذي يعيّنه قاضي شؤون الأسرة بالمحكمة تولّي رعاية شؤون وأموال فاقد الأهلية والحفاظ على مصالحه، وهو ما أشارت إليه المادة 469 من قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة التي نصّت

(1) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 2010/10/14- ملف رقم 577743 - المجلة القضائية لسنة 2010. العدد الثاني ص 285.

(2) المحكمة العليا- الغرفة المدنيّة- قرار صادر بتاريخ 2011/10/29- ملف رقم 731298 - (المجلة القضائية لسنة 2012. العدد الثاني ص 146 و147).

(3) عبد الكريم شهبون. الشّافي في شرح مدوّنة الأسرة. ج 2 ص 82.

على: "يعين القاضي طبقاً لأحكام قانون الأسرة، مقدّماً من بين أقارب القاصر، وفي حالة تعذر ذلك يعيّن شخصاً آخر يختاره. يجب في الحاتين، أن يكون المقدّم أهلاً للقيام بشؤون القاصر وقادراً على حماية مصالحه".

ويمكن للقاضي استبداله بناءً على مصلحة المحجور عليه وفقاً لما نصّ عليه قرار المحكمة العليا الذي تضمن ما يلي: "إنّ القرار الذي قضى باستبدال مقدّم للمحجور عليه، بعد تحقيق وافي ومراعاة لمصلحته هو قرار صائب ومسبّب تسبباً كافياً"⁽¹⁾.

كما يمكن للقاضي تعيين مقدّم بناءً على عريضة، يقدمها أحد أقارب القاصر من دون وليّه أو وصيّّه، أو من له مصلحة في ذلك، أو بناءً على طلب من ممثّل النيابة العامة، وهما تناولته المادة 470 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي نصّت على: "يقدم طلب تعيين المقدّم في شكل عريضة، من قبل الأشخاص المؤهلين لهذا الغرض حسب قانون الأسرة، أو على شكل طلبات تقدمها النيابة العامة"، وتبقى مهمة القاضي في هذا الإطار أكثر من مهمة في اختيار الأصلح لهذه المهمة، خاصّة وأنّ بعض أقارب القاصر سيعملون على الترشّح لشغل هذه الوظيفة بدافع الجشع واستغلال ضعف القاصر المحجور عليه، ولذلك يجب التشدّد والتحري في مدى جدية ومصداقية من يطلبون ذلك.

ويراعي القاضي في تعيين المقدّم فضلاً عن الشّروط المنصوص عليها في الوصي، ضرورة التأكّد من رضاه بالمهمة التي سيتولّاها، بموجب أمر ولائي، وهو ما تضمنته المادة 471 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث نصّت على: "يعين القاضي المقدّم بموجب أمر ولائي بعد التأكّد من رضاه".

ويمكن أن يتمّ تعيين المقدّم إذا رفضت الوصاية من قبل القاضي، بطريقة استثنائية للمبدأ العام القائم حول تعيينه في حالة انعدام الوليّ والوصي، حيث نصّت المادة 472 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على: "في حالة رفض الوصاية، يعيّن القاضي مقدّماً طبقاً للمادة 471 أعلاه، أو يتخذ جميع الإجراءات التحفظية في انتظار تعيين المقدّم"، وعلى هذا فالمقدّم قد يعيّن بصفة مؤقتة لأداء مهمة محدّدة في انتظار تعيين مقدّم آخر أو قد يستمرّ فيها.

كما أنّه يمكن تعيين المقدّم بناءً على طلب من له مصلحة أو النيابة العامة إذا لم يوجد للقاصر وليّ أو وصيّ بتصفية التركة، وهو ما أشارت إليه المادة 182 من قانون الأسرة الجزائري التي نصّت على: "في حالة عدم وجود وليّ أو وصيّ يجوز لمن له مصلحة أو للنيابة العامة أن يتقدّم إلى المحكمة بطلب تصفية التركة وتعيين مقدّم..."، والأحرى أن توضّح هذه المادة إن كانت وظيفة المقدّم المذكور تنحصر فيما يتعلّق بالتركة، أو كلّ التصرفات.

(1) المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 2001/07/18 - ملف رقم 262283 - (المجلة القضائية لسنة 2003. العدد الأول ص 353).

إنّ الطلبات المتعلقة بالتّقديم من حيث التّعيين أو التّعديل أو الرّفْع ينبغي أن تكون بموجب عريضة عادية كباقي الدّعاوى⁽¹⁾، ويكون تقرير ذلك بموجب أمر يصدر من قاضي شؤون الأسرة بموجب المادة 481 من قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة.

كما يجب أن يراعى في العريضة المودعة فضلا على البيانات العادية، التّفاصيل المتعلّقة بالوقائع الدّاعية لتّقديم طلب بالتّقديم، على أن ترفق هذه العريضة بملف طبيّ لطالب التّقديم، وهذه الفكرة تستدعي التّثمين حيث لا بدّ أن يقف قاضي شؤون الأسرة على مدى الحالة لصحيّة للمعني بالتّقديم، ولقد تضمّنت المادة 482 من قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة جميع هذه التّفاصيل فنصّت على: "يجب أن تتضمّن العريضة المقدّمة من أجل افتتاح التّقديم على ناقص الأهليّة، فضلا على البيانات العادية، عرضا عن الوقائع التي تبرّر التّقديم، ويجب أن تُرفق بالملف الطبيّ للشّخص المعني بالتّقديم".

وفي حالة ما تبين للقاضي أنّ الشّخص المعني بالتّقديم ليس له محامٍ، عيّن له محاميا بطريقة تلقائيّة حتى يساعده في الدّفاع على مصالحه وهو ما وضّحته المادة 483 من قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة، ويتعيّن على القاضي أن يدرس طلب المحجور عليه بشأن تعيين محامي دراسة جديّة، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا من خلال قرارها الذي نصّ على: "حيث بالفعل وبالإطلاع مرّة أخرى على القرار المطعون فيه، يتبيّن منه أنّ الطّاعن كان فعلا قد طالب أمام قضاة الاستئناف تعيين محام للمطعون ضدها المحجور عليها أمّه (ح.ز) قبل أن يفصلوا في الاستئناف، إلّا أنّ هذا الدّفع قد رُفِض بدعوى أنّ الطّلب ليس له ما يبرّره، وأنّ السّلطة التّقديرية في تعيين المحامين متروكة لقاضي الموضوع، وفي الحقيقة أنّ مثل هذا التّعليل قد جانب الصّواب وخالف المادة 105 من قانون الأسرة التي توجب على القضاة أن يُمكن الشّخص المراد الحجر عليه من مُحامٍ ليتولّى الدّفاع عن مصالحه، الأمر الذي يتعيّن معه نقض القرار المطعون فيه..."⁽²⁾.

وفي نطاق التقصي والتحري من طرف قاضي شؤون الأسرة بخصوص تعيين المقدّم، يتلقّى تصريحات الشّخص المعني بالتّقديم، بحضور محاميه والأشخاص المعنيين، وقد يستعين بالطّبيب المُعالج له وممثّل النيابة العامّة، وإذا استحال عليه سماعه أو أنّ ذلك قد يضرّ بصحّته فله الاستغناء على هذا الإجراء وهو ما شملته المادة 484 من قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة، ويتولى أمين الضّبط تحرير محضر بذلك تحت إشراف القاضي.

كما أنّ للقاضي أن يستعين بأراء أفراد العائلة التي ينتمي إليها القاصر، بغية تكوين صورة شاملة عن الوضع قبل تعيين المقدّم، والهدف الظاهر من هذا الإجراء هو التحقق من مدى تقبّلهم لشخص المقدّم، فضلا

(1) عبد العزيز سعد . إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية. ص 116.

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 2005/07/13- ملف رقم 336017- (المجلة القضائية لسنة 2005. العدد الأول ص 333 و 334..

على إمكانية طلب خبرة طبية لتحديد الحالة الصحية للمعني بالتقديم بموجب أمر ولائي، وهو ما نصّت عليه المادة 486 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

يتمّ إصدار قرار تعيين المقدم بعد إيداع تقرير الخبرة الطبية عند الضرورة، بعد النظر فيها والفصل في غرفة المشورة.

عند إصدار الأمر يتمّ تبليغه رسميًا عن طريق المحضر القضائي، بدون رسوم وبتسخيرة من النيابة العامة إلى المعني بالتقديم وإلى طالبه، على أن يشتمل هذا الأمر افتتاحاً أو رفضاً للطلب، ويمكن للطرف الذي لا يرضّ بهذا الأمر الطعن بالاستئناف في أجل لا يتعدّى خمسة عشر يوماً، يبدأ احتسابها من تاريخ التبليغ الرسمي بالنسبة للأطراف، ومن تاريخ النطق به بالنسبة للنيابة العامة وفقاً لنصّ المادة 488 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

يتمّ التأشير على هامش شهادة ميلاد المعني في سجلات الحالة المدنية بأمر من النيابة العامة، حيث يعدّ ذلك عملاً إدارياً وليس قضائياً يتمّ بسعي من النيابة، فبعد صيرورته نهائياً يُرسل ممثلاً نسخة من الأمر لرئيس البلدية التي وُلد بها المعني بالتقديم، طالبا منه التأشير بمنطوق الأمر على هامش وثيقة ميلاده بالتقديم أو إلغائه أو تعديله، وهذا الإجراء هو بمثابة إشهار قانوني وفقاً لنصّ المادة 489 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

2- وظيفة المقدم.

يعمل المقدم على صيانة أموال القاصرين الضيّاع وإدارتها وحسن تديرها شأنه في ذلك شأن الولي والوصي، ذلك أنّ المشرّع الجزائري قد خصّه بنفس المرتبة وبالتالي يتحمّل نفس المسؤولية، وإن كانت مسؤوليته مزيدة بضرورة تقديم تقارير دورية وفقاً لما يطلبه القاضي حول إدارة أموال القاصر، وحول أي إشكال أو طارئ يعتري عملية إدارة أموال القاصر، وهو ما نصّت عليه المادة 471 في فقرتها الثانية من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

بالرجوع لنصّ المادة 100 قانون الأسرة الجزائري التي تنصّ على: "يقوم المقدم مقام الوصي ويخضع لنفس الأحكام"، ومن هذا المنطلق وعملاً بأحكام المادة 95 التي نصّت على: "للوصي نفس سلطة الولي في التصرف وفقاً لأحكام المواد (88 و89 و90) من هذا القانون".

فالمقدم يمكن أن يتبوأ منزلة الولي من حيث الصلاحيات وفقاً للمادة 88 من قانون الأسرة، وعليه أن يُراعى في بعض المهام ضرورة استصدار الإذن في التصرفات التي يراها المشرّع نوعيّة وخطيرة، ومن شأنها المساس بالذمة المالية للقاصر، من حيث بيع العقار وقسمته ورهنه، وإجراء الصلح، وبيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة، وكذا استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض، والمساهمة في الشركات، وأيضاً إيجار عقار القاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات أو ما زاد عن السنة الواحدة بعد بلوغه سنّ الرشد.

ويتوجب على القاضي أثناء منحه للإذن أن يراعي الضرورة التي تدفع للتصرف المأذون به، ومراعاة مصلحة القاصر دائما، والحرص على بيع العقار بالمزاد العلني، وفقا لما تضمنته المادة 89 من قانون الأسرة. هذا وتنتهي مهمة المقدم بنفس الطريقة التي تنتهي بها مهمة الوصي وفقا لما جاءت به المادة 96 من قانون الأسرة، وبانتهاء مهمته ترتب عليه مسؤولية حدتها المادة 97 من قانون الأسرة المنظمة لانتهاء مهمة الوصي، فيجب عليه أن يقدم الأموال التي كانت في عهده ويقدم عنها حسابا مدعما بالمستندات لمن يخلفه في مهمته أو للقاصر إن رشد أو ورثته في ميعاد لا يتجاوز الشهرين من انتهاء المهمة، على أن يقدم نسخة للقاضي.

3- تجاوز المقدم لسلطته.

إن وظيفة المقدم محددة بنص القانون ولا يمكنه بأي حال من الأحوال الحياد عنها، شأنه في ذلك شأن الولي والوصي، فمهمته تهدف إلى نيابة القاصر في التصرفات التي يعجز عن ممارستها بسبب نص أهليته، مع التقيد بالإذن في التصرفات التي حصرها القانون، على أن القانون قد رتب مسؤولية في حالة ما تجاوز المقدم هذه السلطة الممنوحة له في صيانة أمانة وأموال هذا القاصر.

فلقد جمع المشرع بين من يتولى النيابة الشرعية بشكل عام من حيث السلطات، وكذا تحمل المسؤولية جراء التقاعس أو التجاوز، وأعطى للقاضي مهمة الحفاظ على أموال القاصر إذا ثبت إهمالهم، ولا سيما المقدم باتخاذ كل ما يراه ضروريا للحفاظ على مصالحه مؤقتا، وفقا للمادة 473 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "إذا قصر الولي أو الوصي أو المقدم في أداء مهامه، يتخذ القاضي جميع الإجراءات المؤقتة الضرورية لحماية مصالح القاصر بأمر ولائي".

فإذا ثبت تقصير المقدم أو إهماله فإنه يتحمل نتائج ذلك، فيجب عليه أن يقدم تقارير دورية للقاضي للوقوف على مدى التزامه بمهامه، ويلزم بالتعويض إذا ارتكب خطأ وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية في نطاق المادة 124 من القانون المدني.

كما أن المقدم إذا حاول استغلال النقص المسجل على مستوى أهلية القاصر من أجل اختلاس ماله أو إبراء دين، أو أي تصرف آخر من شأنه الإضرار بمصالحه وتم إثبات ذلك فإنه قد يتعرض لعقوبة جزائية نصت عليها المادة 380: "كل من استغل حاجة لقاصر لم يكمل التاسعة عشرة أو ميلا أو هوى أو عدم خبرة فيه ليختلس منه التزامات أو إبراء منها أو أية تصرفات أخرى تشغل ذمته المالية وذلك إضرارا به يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 500 إلى 10.000 دج. وتكون العقوبة الحبس من سنة إلى خمس سنوات والغرامة من 1.000 إلى 15.000 دج إذا كان المجني عليه موضوعا تحت رعاية الجاني أو رقابته أو سلطته وفي جميع الحالات المنصوص عليها في هذه المادة يجوز أن يحكم أيضا على الجاني بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة 14 وبالمنع من الإقامة وذلك لمدة سنة على الأقل وخمس سنوات على الأكثر".

كما قد يتمّ حرمان أي شخص من شرف هذه المهمّة إذا كان قد ارتكب جريمة خصّص لها قانون العقوبات عقوبة تكميليّة، وهو ما جاءت به المادة 9 مكرّر 1: "يتمثل الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية في:....5- عدم الأهلية لأن يكون وصيّاً أو قيّماً".

خلاصة الفصل الثاني.

من خلال ما تمّ استعراضه يمكن إجمال أهمّ النّقاط المتعلّقة بهذا الفصل كما يلي:

1- يمكن للشّخص أن يتبرّع بطريق الوصيّة غير أنّ ذلك مقيدّ بحدّ الثّالث إلّا بإجازة الورثة، صونا لمال ورثته، وهو ما يعدّ ضمّانا حقيقيا لحقوقهم، ومنعاً له من تهريب المال والتّحايل تحت غطاء الوصيّة، فضلا على عدم جواز الإيصاء لوارث إلّا بإجازة الورثة، وإخضاع الوصيّة للشّكلية، وتقييد الموصي من التصرف في مرض الموت، وحماية لهم من الصّورية.

2- يجب أن يُراعى في عقد الهبة جملة من التّفاصيل التي تُعدّ حماية للورثة، من خلال ضرورة إخضاعها للشّكلية، وجعل الهبة بمثابة الوصيّة أي لا تزيد عن الثّالث إذا تمّت في مرض الموت، وجعل الحيّزة عنصرا جوهريا، ويحصل أن يتبرّع الشّخص بالوقف، بهدف مساعدة الغير ونيل الثّواب، غير أنّ ذلك قد يكون تحايلا وانتقاما من الأقارب، فكان لهم تقييد تصرفه هذا عبر استبعاد المريض مرض الموت والمحجور عليه من الوقف، وعدم إمكانية التّراجع عنه، فضلا على تعيين ناظر للوقف يهتم به ويسهر على حمايته، بالإضافة إلى إضفاء المشرّع حماية جزائية ومدنية للوقف.

3- في صورة نقص أهلية شخص أو انعدامها وحماية لماله ولمال أقاربه حرص المشرّع الجزائري اقتداء بالشّريعة الإسلامية على تولية أمره إلى الوليّ أو الوصي لإدارة أمواله لحين بلوغه أو عودته رشيدا، وخضوع الوليّ أو الوصي إلى عقوبات جزائية ردعيّة إذا ما ثبت تقصيره أو تحايله في تأدية مهامّه.

4- يتولّى الوليّ وهو الأب وفي حالة وفاته أو عجزه الأمّ مهمّة تسيير وحفظ أموال ابنه القاصر، مع مراعاة إذن القاضي في بعض التصرفات النّوعية والتي قد تضرّ بذمّته المالية، وانتهاء مهمّته بانتهاء السّبب المنشيء لها، ويحظى الوصي بنفس صلاحيّات ومهام الوليّ، والذي يتمّ تعيينه من طرف الأب أو الجدّ في حالة انعدام الأمّ أو عجزها، وبانتهاء مهامّه يتولّى تقديم تقرير عن الحالة المالية للقاصر إلى القاضي.

5- يعدّ الحجر نظاما فعّالا من أجل تقييد تصرف الشّخص الذي يعاني مشكلة في ملكاته العقلية، حفظا له ولأصحاب المصلحة، ويجب أن يكون بموجب حكم قضائي في صورة ثبوت قصور المحجور عليه بسبب عارض معيّن والذي يزواله يزول الحجر عليه، مع ضرورة تمكين المحجور عليه من الدّفاع عن مصالحه، وتعيين محام له، وتعيين مقدّم يتولّى نفس مهام الوليّ خلال فترة الحجر، والاعتماد على الخبرة الطّبيّة في تقرير الحجر وزواله.

6- لم تُشر اتفاقيه القضاء على جميع أشكال التّمييز ضدّ المرأة إلى ممارسة القيود على التصرفات المالية بما يتلاءم مع مصلحة المرأة، بل حرصت على فرض المساواة بينها وبين الرّجل، وهو ما يجعل قانون الأسرة متميّزا عليها في ظلّ بقاء نصوصها عامّة، ومواكبة اتفاقية حقوق الطفل من خلال الاهتمام بجميع المناحي الحياتية للطفّل لا سيما المالية منها بإخضاعه لرقابة الأولياء والأوصياء، فضلا على تضمين قانون حماية الطّفّل ضرورة مراعاة مصلحته في جميع الإجراءات والتّدابير المتعلّقة به.

خاتمة

من خلال استعراض جزئيات ومسائل هذا البحث توصلت إلى تسجيل جملة من النتائج والاقتراحات أعرضها على النّحو الآتي:

أولاً: أهم النتائج:

1-عالج المشرّع الجزائري الآثار المالية للخطبة بتحميل الطرف العادل مسؤولية تعويض الأضرار المادية والمعنوية للطرف الآخر ورّد الهدايا، مُستبعداً بذلك تحميل من تسبّب في العدول، وهو ما يعدّ تعميقاً للخلاف بين المخطوبين، ولا سيما حين جعل التعويض جوازيًا، وهو ما يُعتبر معالجة غير كافية بل وظالمة لأحد الأطراف، فضلاً على استبعاده لمعالجة المال المدفوع كصداق خلال هذه الفترة، وهو ما يستدعي ضرورة التدخّل بنصّ واضح لحلّ هذا الإشكال.

2- عدم ضبط المشرّع الجزائري الواضح لنصوص الصّداق وترك بعض التّفصيل لتفاهمات الزّوجين وأهلهما، وهو ما ينجّر عليه خلافات قد تنهي العلاقة الزوجية، واستبعاد وفاة الزّوجة كسبب جدّي لاستحقاق ورثتها للصّداق، بالإضافة إلى عدم كفاية ما أقرّه المشرّع من ترتيبات بخصوص النفقة الزوجية من خلال الإفراط في معاملة الزّوج كمُجرم جرّاء عدم أدائه النفقة حتى لو كان معسراً، وهو ما قد يؤدّي بالزّوجين إلى الفرقة خاصّة إذا بادرت الزّوجة بطلب النفقة قضائياً ونيل الزّوج جرّاء ذلك العقوبة المقرّرة قانوناً.

4- أغفل قانون الأسرة الجزائري تبين كيفية علاج المنازعات المالية بين الزّوجين بمناسبة اشتراكهما، وترك الباب مفتوحاً للتأويل، وهو الأمر الذي عالجته بعض التّشريعات الغربية والعربية، ومنها المشرّع المغربي والتونسي فضلاً عن الفرنسي والسويسري، وهو ما يُعدّ قصوراً يستدعي التدخّل للحدّ من المشاكل الأسرية الناشئة عن هذا الفراغ، بدليل وقوع العديد من حالات الطّلاق.

5- جعل المشرّع من الطّلاق بالإرادة المنفردة وسيلة لفرض تعويضات مالية لصالح المطلّقة، بصرف النّظر على الأسباب الحقيقية التي أدت لوقوعه، خاصّة إذا كان بسببها، فكان حرّاً البحث عن مسبّبات الطّلاق وعدم الاكتفاء بإصدار الأحكام، والتّقاعس حتى في تأدية الأدوار المرجّوة من جلسات الصّلح، لا سيما في ظلّ تزايد أعداده وفقاً للأرقام الرّسمية، وانعكاس ذلك على الأولاد والمجتمع.

6- عدم كفاية الضّمّانات الممنوحة للرجل في الحصول على التعويض إذا كان طلاقه مبرّراً بسبب نشوز الزّوجة أو خيانتها، وربط ذلك بإجراءات مُعقّدة تستغرق زمناً طويلاً، الأمر الذي يُغيّب روح العدالة ويدفع إلى التّشاحن والعداوة.

7- ظهور مدى الجور المُسلّط على الرّجل عند فكّ الرّابطة الزوجية خلعا، واستحقاقه بدل الخلع الذي وفي صورة عدم الاتفاق عليه يحكم القاضي بما لا يجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم، وكان يتعيّن أن يتم إرجاع الصّداق، لا سيما إذا كان المبلغ المحكوم به كبديل أقلّ من الصّداق المدفوع، إلّا إذا تنازل عليه المطلّق.

8-عالج المشرع الجزائري مسألة التوارث بين الزوجين، حيث يتحقق ميراث الحي من الميت خلال فترة العدة، وبعد انتهاءها لا يتوارثان إلا في حال مرض الموت، غير أن المعالجة القانونية لهذا الحق لا تفي بالغرض لا سيما أن الطلاق الذي يصدر بحكم يُعتبر بائنا، فوجب أن يُعاد النظر في منظومة الطلاق المنصوص عليها في قانون الأسرة من خلال إدراج الطلاق الرجعي كما هو الحال عند المشرع المغربي.

9- الجمع بين النفقة الزوجية ونفقة الأقارب من حيث التفاصيل لا سيما المشتملات، وكذا تخصيص نفس العقوبات في حالة التقاعس عن دفع النفقة المحكوم بها قانونا، غير أن المفارقة تظهر من خلال استثناء الأقارب والزوجة من الاستفادة من صندوق النفقة والذي جعل حكرا على المطلقة وأولادها، وهو ما يُعدّ تمييزا بين أفراد الأسرة الواحدة، ومبعث الشك في الهدف المرجو من إنشاء هذا الصندوق بالرغم من سعيه لكفاية المطلقة وأولادها بسبب تقاعس المسؤول عن نفقتهم.

10- يمكن تقييد تصرفات القريب في التبزّع في ماله من طرف أقاربه، لا سيما إذا ثبت قصوره، من خلال وجود الولي والوصي، وعدم كفاية ما تضمّنه التشريع الجزائري من حيث ضرورة تبين من يتولّى هذه المسؤولية بالترتيب اقتداء بالشريعة الإسلامية على اختلاف مذاهبها، وكما هو الحال بالنسبة للتشريعين الأسريين المغربي والتونسي، فضلا على عدم تقديم المسؤول عن النيابة تقارير دورية بشأن مهمّته.

11-ظهور مدى قصور اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في وضع آليات فعالة ومُنتجة تُحقّق التمييز للمرأة، على العكس من المشرع الجزائري الذي وبالرغم من عدم كفاية الأحكام التي ضمّنها قانون الأسرة إلا أنها تبقى جديرة بتحقيق الحد الأدنى من العدالة، وخاصة ما كان محلّ اقتباس كلي من الشريعة الإسلامية.

12-حرص المشرع الجزائري على الحفاظ على حقوق الطفل مع مراعاة الاتفاقية الأممية لحقوق الطفل وانعكاس ذلك على التشريع المحلي في قانون حماية الطفل، والحفاظ على المصلحة المالية للقاصر بإعمال سلطة النائب الشرعي، وجعل مصلحة الأخير هي الفضلى.

ثانيا: أهم الاقتراحات:

من خلال معالجة تعاطي المشرّع الجزائري مع النظام المالي للأسرة يتّضح جلياً عدم كفاية ما قرّره لحماية الأسرة من التداعي، بسبب تغييب بعض التفاصيل التي هي مبعث الخلافات ويتطلّبها الوقت الحالي، وعدم المعالجة لبعض التفاصيل الأخرى التي أصبحت تؤزّق الأسر، وتجعل من القانون عقبة عوض أن يكون ملاذاً لحلّ بعض المضاعفات، فضلاً على الإفراط في تمكين البعض من أفراد الأسرة من المزايا على حساب البعض الآخر، ما جلب الفرقة بين الأسر لا سيما بعد انقضاء الزواج، وعلى هذا الأساس يمكن أن يتم إدراج بعض التوصيات بغية تقويم بعض المسائل نسبياً كما يلي:

1- ضرورة ضبط المعالجة الحالية لمواد العدول عن الخطبة، من خلال إضفاء العدالة بتحميل من تسبّب في العدول بالوقوف الحقيقي على سبب العدول من القضية، وعدم الاكتفاء بمناقشة آثار العدول، فضلاً على جعل التعويض عن الضرر وجوبياً على من تسبّب في العدول، وإدراج استرجاع ما دُفع من مال على أساس أنّه صدق من طرف الخاطب.

2- عدم ترك الأمر على ما هو عليه بخصوص تنظيم الأموال المشتركة بين الزوجين، لأنّ ذلك يؤجّج الخلافات ويجعلها عصيّة على الحلّ، ويكون ذلك من خلال زيادة مواد تفصيلية لتبني نظام مالي معيّن بين الزوجين في خضم قانون الأسرة، أو استحداث قانون مستقلّ يُعنى بتسييرها، من جميع النواحي، ولا سيما بعد الفرقة.

3- رفع الظلم المُسلّط على الزوج بخصوص الطلاق بالإرادة المنفردة وعدم تحميله المسؤولية دوماً في إيقاع الطلاق، وبالتالي فرض التعويض المالي عليه، وضرورة النظر بجديّة في سبب وقوع الطلاق لا سيما إذا كانت أسبابه جديّة بإشراك المرأة المطلّقة أيضاً في المسألة، وحرمانها من التعويض إذا ثبتت مسؤوليتها، على اعتبار أنّ المحاكم أصبحت تعتبر المطلّقة دائماً ضحيّة بالرغم من إمكانية تسبّبها في تشتيت الأسرة.

4- ينبغي على المشرّع من خلال قانون الأسرة أن يُدرج الطلاق الرجعي وما ينبثق عنه من آثار مالية، لا سيما وأنّه كثير الحدوث في المجتمع، ويحلّ العديد من التناقضات التي تضمّنها قانون الأسرة، والتي من ضمنها التوارث بين الطليقين، على اعتبار أنّه مدلول شرعي وأخذ به المشرّع المغربي مثلاً.

5- يجب معالجة فكرة بدل الخلع من خلال إدراج مبدأ يتمحور حول ضرورة أن يكون بدل الخلع بنفس قيمة الصّدق المؤدّى للمرأة حتى ولو لم يتمّ الاتفاق عليه تجنّباً للإضرار بالرجل.

6- العمل على ضمّ كلّ المشمولين بنفقة القربة للصندوق المخصّص لهذا الغرض، وعدم حصره على المطلّقات والأطفال المحضونين، واستبعاد فكرة الحبس من العقوبات المترتبة جرّاء عدم دفع النفقات المحكوم بها قضائياً واستبدالها بالخدمة العموميّة إذا ثبت حقاً مدى عسر المدين بها، وذلك حفاظاً على الأسرة من التفكّك.

7- يحسن أن يدرج المشرّع بخصوص الشروط المتعلقة بالإرث الاستغناء عن فكرة أن يكون الوارث حيّاً أو حملاً وقت افتتاح التركة، واستبدالها بكون الوارث حيّاً حقيقة أو حكماً، بالإضافة إلى ضرورة النصّ على

احتمال كون الحمل توأماً، ووقف التركة لهما إذا كانا يشاركان أو يحجبان الورثة حجب حرمان وعدم الاكتفاء بذكر واحد أو أنثى واحدة.

9- ضرورة تحديد موقع الجدّ في نطاق النيابة الشرعية، ولا سيما إذا كان ولياً في ظلّ التداخلات التشريعية بين قانون الأسرة وقانون الإجراءات الإدارية والمدنية وبعض قرارات المحكمة العليا.

10- يحسّن وفي إطار تعزيز رقابة القضاء على تسيير أموال القصر من طرف النائب أن يتمّ تقديم تقارير سنوية لذمته المالية وكذا مراقبة دورية بدل تقديم تقرير بعد انتهاء النيابة، بغية الحرص الفعلي على أموال القاصر.

11- على المشرع الجزائري في صورة ما تمّ تعديل قانون الأسرة أن يُعطي البعد الاجتماعي الاهتمام الأكبر كأثر لتطبيق نصوصه، خاصّة ما تعلّق بالجانب الرّدي، ومحاولة تقييد حالات الطلاق واللّجوء إليه في أقصى حالات اللّاتفاهم، في ظلّ التّزايد المخيف لحالاته ولا سيما الخلع لأتفه الأسباب.

12- بسبب العدد المتزايد لحالات الطلاق يجدر بالمشرع الجزائري في حال تعديل قانون الأسرة أن لا يكتفي بمعالجة المسألة أمام الجهات القضائية، بل يجب سنّ إجراءات وجوبية يمرّ عليها المُقبلون على الزّواج، من خلال إخضاعهم لفترة تكوين جدّي وصارم، يتم من خلاله تعريفهم بمدى أهميّة الحياة الزوجية وقديسيّتها، وتعرضهم لمشاكل في شكل محاكاة للحياة الزوجية الحقيقية بغية اختبار مدى قدرتهم على الاستمرار، وعدم الالتجاء إل الطلاق إلّا في نطاق ضيق ومبرّر، وتنتهي فترة هذا التّكوين بمنحهم شهادة تكون مطلوبة في ملف انعقاد الزّواج، على أن يُشرف على هذا التّكوين نخبة من المختصّين في الشّأن الأسري، ولا سيما رجالات الدّين الذي ينبغي أن يأخذ حيّزاً مُعتبراً في هذا التّكوين باعتباره الضّامن الأساسي لاستقرار الأسر وحفظ الحقوق.

فهرس الآیات

السورة	الآية	رقم الآية	رقم الصفحة
البقرة	﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنِ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾	180	421
	﴿وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ﴾	190	134
	﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَجِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنَنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾	228	221، 221
	﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾	229	170، 169
	﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ...﴾	231	175
	﴿...وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ...﴾	233	209، 94، 88 308، 304، 224 374، 320، 315
	﴿وَلَكُمْ وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا...﴾	234	223، 219، 152
	﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾	236	52، 197، 171 199، 201، 202
	﴿وَإِنْ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾	237	63، 61، 57 198، 197، 114 200
	﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾	241	198، 193
	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَنْفِقُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا كَسَبْتُمْ وَمِمَّا أَخْرَجْنَا لَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ...﴾	267	479
	﴿إِنْ تُبْدُوا الصَّدَقَاتِ فَنِعِمَّا هِيَ وَإِنْ تُخْفُوهَا وَتُؤْتُوهَا الْفُقَرَاءَ فَهُوَ خَيْرٌ لَكُمْ وَيُكَفِّرُ عَنْكُمُ مِنْ سَيِّئَاتِكُمْ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾	271	450
	﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ﴾	282	533
آل عمران	﴿ذَلِكَ مِنْ أَنْبَاءِ الْغَيْبِ نُوحِيهِ إِلَيْكَ وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَفْلاَمَهُمْ...﴾	44	209
	﴿لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ اللَّهَ	92	478

		بِهِ عَلِيمٌ ﴿	
264 ، 115 ، 54 ، 450	04	﴿ وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ... ﴾	النِّسَاء
532	05	﴿ وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا ﴾	
533 ، 116	06	﴿ وَابْتُلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ... ﴾	
327	07	﴿ ...نَصِيبًا مَفْرُوضًا ﴾	
335.331.328 ، 426 ، 365	11	﴿ ...وَلَا بُيُوتَهُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ ... ﴾	
426 ، 145	12	﴿ وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ ... ﴾	
353	13 و 14	﴿ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يُطِيعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ يُدْخِلْهُ جَنَّاتٍ تَجْرِي مِنْ تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ ﴾	
267، 178	19	﴿ ...وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا ﴾	
267 ، 69	20	﴿ وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا ﴾	
53 ، 50	24	﴿ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً ... ﴾	
320 ، 116	34	﴿ الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ ... ﴾	
451	86	﴿ وَإِذَا حُيِّيتُمْ بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوها إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ حَسِيبًا ﴾	
28	92	﴿ ...وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَّةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا ... ﴾	
185	128	﴿ وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُورًا أَوْ إِعْرَاضًا ... ﴾	
333.331	176	﴿ يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ إِنْ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ ... ﴾	
158	51	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا الْيَهُودَ وَالنَّصَارَى أَوْلِيَاءَ ... ﴾	المائدة
28	95	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيِّدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ ... ﴾	
422	106	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ ... ﴾	

158	73	﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا بِعَصُفِهِمْ أُولَئَاءِ بَعْضٌ...﴾	
342	75	﴿...وَأُولُو الْأَرْحَامِ بِعَصُفِهِمْ أُولَىٰ بِيَعُضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾	الأنفال
192	65	﴿وَلَمَّا فَتَحُوا مَتَاعَهُمْ...﴾	يوسف
192	80	﴿وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ بُيُوتِكُمْ سَكَنًا...﴾	النحل
311، 307	23	﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا...﴾	
307، 305	26	﴿وَاتِ ذَا الْقُرْبَىٰ حَقَّهُ وَالْمِسْكِينَ وَابْنَ السَّبِيلِ وَلَا تَبْذِرْ تَبْذِيرًا﴾	الإسراء
81	100	﴿قُلْ لَوْ أَنْتُمْ تَمْلِكُونَ خَزَائِنَ رَحْمَةِ رَبِّي إِذَا الْأُمُوسُ كُنْتُمْ خَشْيَةَ الْإِنْفَاقِ...﴾	
342	64	﴿...وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا﴾	مريم
145	16	﴿وَوَرِثَ سُلَيْمَانُ دَاوُدَ...﴾	
17	35	﴿وَإِنِّي مُرْسِلَةٌ إِلَيْهِمْ بِهَدِيَّةٍ فَنَظِرَةٌ بِمَ يَرْجِعُ الْمُرْسَلُونَ...﴾	النمل
209	13 و 12	﴿وَحَرَّمْنَا عَلَيْهِ الْمَرَاضِعَ مِنْ قَبْلُ فَقَالَتْ هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَىٰ أَهْلِ بَيْتٍ يَكْفُلُونَهُ...﴾	القصص
144	58	﴿...وَكُنَّا نَحْنُ الْوَارِثِينَ﴾	
327	88	﴿إِنَّ الَّذِي فَرَضَ عَلَيْكَ الْقُرْآنَ...﴾	
305	09	﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حُسْنًا...﴾	العنكبوت
352، 343	06	﴿...وَأُولُو الْأَرْحَامِ بِعَصُفِهِمْ أُولَىٰ بِيَعُضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ...﴾	
144	27	﴿وَأَوْرَثَكُم أَرْضَهُمْ وَدِيَارَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ...﴾	
327	38	﴿قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ...﴾	الأحزاب
193	49	﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكَ إِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا﴾	
82	50	﴿قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾	
374، 224	15	﴿...وَحَمَلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا...﴾	الأحاف
222، 171، 169	01	﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾	
223، 222	04	﴿وَاللَّائِي يَنْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ...﴾	الطلاق
225، 224			
227، 91	06	﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ...﴾	
94، 87، 82	07	﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ...﴾	
327	02	﴿قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ...﴾	التحریم

فهرس الأحادیث

رقم الصفحة	الحديث أو الأثر
169	أبغض الحلال إلى الله عز وجل الطلاق
534	أَحْجُرْ عَلَى رَجُلٍ شَرِيكُهُ الزُّبَيْرُ
352	أطعم رسول الله ﷺ الجدة السدس إذا لم تكن أم
88	أطعموهن مما تأكلون واكسوهن مما تكتسون ولا تضربوهن ولا تقبحوهن
69	أعظم النساء بركة أيسرهن مؤونة
262 هـ	اقبل الحديقة وطلّقها تطليقة
328 و 332 و 333	ألقوا الفرائض بأهلها فما بقي فالأولى رجل ذكر
335	أن أعيان بني الأم يتوارثون دون بني العلات
422 و 426	أن تترك ورثتك أغنياء، خير من أن تتركهم عالة يتكففون الناس
194	أن رجلا أتى بن عمر رضي الله عنهما فذكر أنه فارق امرأته فقال أعطها كذا
69	أن رجلا من بني فزارة تزوج امرأة على نعلين فأجاز النبي ﷺ نكاحه
533	أن رسول الله ﷺ حجر على معاذ ماله وباعه بدين كان عليه
171	أن رسول الله ﷺ طلق حفصة، ثم راجعها
479	إن شئت حبست أصلها وتصدق بها
229	إن فاطمة كانت في مكان وحش فخيف على ناحيتها فلذلك أرخص لها النبي ﷺ
422	إن الله تصدق عليكم، عند وفاتكم، بثلاث أموالكم، زيادة لكم في أعمالكم
70	أن النبي ﷺ قد منع علي كرم الله وجهه من البناء بفاطمة رضي الله عنها قبل...
210	أنت أحق به ما لم تنكح
171	أيما امرأة سألت زوجها الطلاق في غير ما بأس، فحرام عليها رائحة الجنة
62	أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها...
316	تصدق به على نفسك
115	تصدقن ولو من حلبيكن
181	ثلاث جدن جد، وهزلن جد: النكاح، والطلاق، والرجعة
156	جعل رسول الله ﷺ ميراث ابن الملعنة لأمه ولورثتها من بعدها
343	جعل العمة بمنزلة الأخ والخالة بمنزلة الأخت
83	خذي ما يكفيك وولديك بالمعروف
101	خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى، واليد العليا خير من اليد السفلى...
469	الرجل أحق بهبته ما لم يُنَبِّ منها
18 و 20	العائد في هبته كالعائد في قبئه
451 و 468	العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قبئه

82	فاتقوا الله في النساء
223	فَأَفْتَانِي بِأَنِّي قَدْ حَلَلْتُ جِينَ وَضَعْتُ حَمْلِي وَأَمَرَنِي بِالتَّرْجُحِ
146 و 52	ففقضى لها رسول الله ﷺ بمثل صداق نساءها ولها الميراث وعليه
228	فلم يجعل لي سكنى ولا نفقة وأمرني أن أعتد في بيت ابن أم مكتوم
160	الْقَاتِلُ لَا يَرِثُ
194	قَدْ عُدْتُ بِمَعَاذِ ثُمَّ خَرَجَ عَلَيْنَا فَقَالَ يَا أَبَا أُسَيْدٍ اكْسُهَا رَاذِقَتَيْنِ وَالْحَقُّ بِأَهْلِهَا
18	كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَقْبَلُ الْهَدِيَّةَ وَيُثِيبُ عَلَيْهَا
220	كُنَّا نُنْهَى أَنْ نُجِدَّ عَلَى مَيِّتٍ فَوْقَ ثَلَاثِ
210	لا توله والده عن ولدها
220	لا نفقة لك فانتقلي فاذهبي إلى ابن أم مكتوم
228	لا نفقة لك ولا سكنى
432	لا وصية لوارث
432	لا وصية لوارث إلا أن يجيز الورثة
116	لَا يَجُوزُ لَامْرَأَةٍ فِي مَالِهَا، إِلَّا بِإِذْنِ زَوْجِهَا، إِذَا هُوَ مَلَكٌ عِصْمَتُهَا
157	لَا يَرِثُ الْمُسْلِمُ الْكَافِرَ، وَلَا الْكَافِرُ الْمُسْلِمَ
194	لَقَدْ عُدْتُ بِمَعَاذِ، فَطَلَّقَهَا
338	للبنات النصف، ولابنة الابن السدس، تكملة للثلثين، وما بقي فللأخت
343	اللَّهُ وَرَسُولُهُ مُوَلَّى مَنْ لَا مُوَلَّى لَهُ، وَالْخَالُ وَارِثُ مَنْ لَا وَارِثَ لَهُ
18	لَوْ دُعِيَتْ إِلَى كُرَاعٍ لَأَجَبْتُ وَلَوْ أُهْدِيَ إِلَيَّ كُرَاعٌ لَقَبِلْتُ
16	لَوْلَا أَنَا حَرَامٌ وَإِلَّا لَقَبِلْنَا
422	مَا حَقُّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ لَهُ شَيْءٌ يُوصِي فِيهِ يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ إِلَّا وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ
151	المتلاعنان لا يجتمعان أبدا
156	المتلاعنان إذا تفرقا لا يجتمعان أبدا
157	الْمَرْأَةُ تَحْرُرُ ثَلَاثَ مَوَارِيثَ: عَتِيقَهَا، وَلَقِيطَهَا، وَوَلَدَهَا الَّذِي لَاعَنَتْ عَلَيْهِ
181	مُرُهُ فَلْيُرَاجِعْهَا ثُمَّ لِيُمْسِكْهَا حَتَّى تَطْهَرَ
451	من وهب هبة فهو أحق بها ما لم يثب منها
533	نَهَى عَنْ إِضَاعَةِ الْمَالِ وَقَالَ لِلَّذِي يُخَدَعُ فِي الْبَيْعِ
306	وَأَنَّكَ أَنْ تَدَعَ أَهْلَكَ بِخَيْرٍ
353	وجب أجرك، ورجعت إليك الجارية في الميراث
169	يا عبد الله بن عمر طلق امرأتك
194	يُقْتَلُ عَلِيٌّ وَتُظْهِرُ الشَّمَاتَةُ، اذْهَبِي فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا

فهرس المصادر والمراجع

-القرآن الكريم-

_ النصوص الرسمية.

الاتفاقيات الدولية:

- * الأمم المتحدة، إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة التي اعتمدت في 18 ديسمبر 1979، الموقع عليها في 1 مارس 1981. (أنظر: موقع الأمم المتحدة: www.unescwa.org).
- * الأمم المتحدة، إتفاقية حقوق الطفل، اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 25/44 المؤرخ في 20 نوفمبر 1989.

القوانين الجزائرية.

- * القانون رقم (84-11) المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الصادر في 09 يونيو 1984 (الجريدة الرسمية، رقم 24 الصادرة بتاريخ 12 يونيو 1984). المعدل والمتمم بموجب القانون (05-09) الصادر في 04 مايو 2005 (الجريدة الرسمية، رقم 43 الصادرة بتاريخ 22 يونيو 2005).
- * القانون رقم (91-10) المتعلق بالأوقاف، الصادر في 27 أبريل 1991 (الجريدة الرسمية، رقم 21 الصادرة بتاريخ 08 مايو 1991). المعدل والمتمم، بالقانون رقم (01-07) الصادر في 22 مايو 2001 (الجريدة الرسمية، رقم 29 الصادرة بتاريخ 23 مايو 2001). والقانون رقم (02-10) الصادر في 14 ديسمبر 2002 (الجريدة الرسمية، رقم 83 الصادرة بتاريخ 15 ديسمبر 2002).
- * القانون رقم (08-09) المتضمن القانون الإجراءات المدنية والإدارية (الجريدة الرسمية، رقم 21 الصادرة بتاريخ 23 أبريل 2008).
- * القانون رقم (15-01) المتضمن إنشاء صندوق النفقة الصادر في 04 يناير 2015 (الجريدة الرسمية، رقم 01 الصادرة بتاريخ 07 يناير 2015).
- * القانون رقم (15-12) المتعلق بحماية الطفل الصادر في 15 يوليو 2015 (الجريدة الرسمية، رقم 39 الصادرة بتاريخ 19 يوليو 2015).
- * الأمر رقم (66-155) المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المؤرخ في 08 يونيو 1966 (الجريدة الرسمية، رقم 48 الصادرة بتاريخ 10 يونيو 1966 المعدل والمتمم بالأمر رقم (15-02)، يعدل ويتمم الأمر رقم (66-155)، المؤرخ في 23 يوليو 2015 (الجريدة الرسمية، رقم 40 الصادرة بتاريخ 23 يوليو 2015). والقانون رقم (17-07)، المؤرخ في 27 مارس 2017 (الجريدة الرسمية، رقم 20 الصادرة بتاريخ 29 مارس 2017).
- * الأمر رقم (66-156) المتضمن قانون العقوبات المؤرخ في 08 جوان 1966 (الجريدة الرسمية، رقم 49 الصادرة بتاريخ 11 جوان 1966 المعدل والمتمم بالقانون رقم (06-23) المتضمن تعديل قانون العقوبات المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 (الجريدة الرسمية، رقم 84 الصادرة بتاريخ 24 ديسمبر 2006). والقانون رقم

(15-19) المتضمن تعديل قانون العقوبات المؤرخ في 30 ديسمبر 2015 (الجريدة الرسمية، رقم 71 الصادرة بتاريخ 30 ديسمبر 2015).

* الأمر رقم (70-20) المتضمن قانون الحالة المدنية الصادر بتاريخ 19 فيفري 1970 (الجريدة الرسمية، رقم 21 الصادرة بتاريخ 27 فبراير 1970)، المعدل والمتّم بالقانون (14-08) المؤرخ في 9 غشت 2014 (الجريدة الرسمية، رقم 49 الصادرة بتاريخ 20 غشت 2014).

* الأمر رقم (75-58) المتضمن القانون المدني، الصادر في 26 سبتمبر 1975 (الجريدة الرسمية رقم 78 الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975). المعدل والمتّم القانون رقم (05-10) المتضمن تعديل القانون المدني الصادر بتاريخ 20 يونيو 2005 (الجريدة الرسمية، رقم 44 الصادرة بتاريخ 26 يونيو 2005).

* المرسوم رقم (83-352) الذي يسنّ إجراء لإثبات التّفادام المكتسب وإعداد عقد الشّهرة المتضمّن الاعتراف بالملكيّة. الصّادر في 21 مايو 1983 (الجريدة الرسمية، رقم 21 الصادرة بتاريخ 24 مايو 1983).

* مرسوم رئاسي رقم (92-461) يتضمّن المصادقة، مع التّصريحات التّفسيرية، على اتّفاقية حقوق الطّفل التي وافقت عليها الجمعية العامّة للأمم المتّحدة بتاريخ 20 نوفمبر 1989، الصّادر في 19 ديسمبر 1992، (الجريدة الرسمية، رقم 91 الصادرة بتاريخ 23 ديسمبر 1992).

* مرسوم رئاسي رقم (96-51) يتضمّن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبيّة، مع التّحقّظ، إلى اتّفاقية القضاء على جميع أشكال التّمييز ضدّ المرأة لسنة 1979، الصّادر في 22 يناير 1996 (الجريدة الرسمية، رقم 6 الصادرة بتاريخ 24 يناير 1996).

* المرسوم التّنفيذي رقم (98-381) الذي يحدّد شروط إدارة الأملاك الوقفيّة وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك. الصّادر في 01 ديسمبر 1998 (الجريدة الرسمية، رقم 30 الصادرة بتاريخ 02 ديسمبر 1998).

* المرسوم التّنفيذي رقم (08-411) المتضمّن القانون الأساسي الخاص بالموظّفين المنتمين للأسلاك الخاصّة بالإدارة المكلفة بالشؤون الدينيّة والأوقاف. الصّادر في 24 ديسمبر 2008 (الجريدة الرسمية، رقم 73 الصادرة بتاريخ 28 ديسمبر 2008).

التشريعات الأجنبيّة.

* قانون الأحوال الشّخصي السّوري الصّادر في 07/09/1953، مرسوم رقم 59.

* القانون التونسي عدل رقم 94/1998 المتضمّن نظام الاشتراك في الأملاك بين الزّوجين، الصّادر بتاريخ 09 نوفمبر 1998.

* القانون المغربي رقم (03-70) بمثابة مدوّنة الأسرة الصادر في 05 فبراير 2004 (الجريدة الرسمية، رقم 5184 الصادرة بتاريخ 05 فبراير 2004)، المعدل بالقانون رقم (09-08) المتضمّن تعديل مدوّنة الأسرة الصّادر في 16 يوليو 2010 (الجريدة الرسمية، رقم 5859 الصادرة بتاريخ 26 يوليو 2010).

* الأمر التونسي العليّ المؤرخ في 13 أوت 1956، المنشور بالرائد الرسمي عدد 66 بتاريخ 17 أوت 1956، والتي دخلت حيز التطبيق بداية من غرة جانفي 1957.

*Loi française 65-570 1965-07-13 (voir le site www.legifrance.gouv.fr. site visté le 28/04/2014)

*Loi française n°85-1372 du 23 décembre 1985 - art. 8 JORF 26 décembre 1985 en vigueur le 1er juillet 1986. (voir:www.legifrance.gouv.fr).

*Loi française n°2006-728 du 23 juin 2006 - art. 9 JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007(voir le site www.legifrance.gouv.fr).

*Loi française N°2008-776 Du 4 Août 2008 - Art. 18 (V). (www.legifrance.gouv.fr).

كتب القانون:

كتب الأحوال الشخصية :

- * أباش، أحمد. الأسرة بين الجمود والحداثة. ط1 بيروت، لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية، 2011.
- * آث ملويا، حسين بن الشيخ. المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية. بوزريعة، الجزائر: دار هومة، 2005.
- * آث ملويا، حسين بن الشيخ. المرشد في قانون الأسرة. ط2 بوزريعة، الجزائر: دار هومة، 2015.
- * الأزهر، محمد. شرح مدونة الأسرة. ط7 الدار البيضاء، المملكة المغربية: مطبعة دار النشر المغربية، 2015.
- * الأشقر، عمر سليمان، أحكام الزّواج في ضوء الكتاب والسنة. ط1 عمان، الأردن: دار النفائس، 1997.
- * الأشقر، أسامة عمر سليمان. مستجدات فقهية في قضايا الزّواج والطلاق. ط1 عمان، الأردن: دار النفائس للنشر والتوزيع، 2000.
- * باوني، محمد، عقد الزّواج وآثاره دراسة مقارنة بين الفقه والقانون. ط1 قسنطينة، الجزائر: دار بهاء الدين للنشر والتوزيع، 2009.
- * بلحاج، العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. ط 1999 بن عكنون، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، ج1، 1999.
- * بلحاج، العربي. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري- الميراث والوصيّة - ط4 بن عكنون، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2005.
- * بلحاج، العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02/05 ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة 1966-2006. الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2007.
- * بلحاج العربي. أحكام المواريث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وفق آخر التّعديلات، ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا. ط4 بن عكنون، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2010.
- * بلحاج، العربي. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (وفق آخر التّعديلات ومدعم بأحدث إجتهدات المحكمة العليا) أحكام الزّواج. ج1، ط6 بن عكنون، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2010.

- * بلحاج، العربي. أحكام التركات والموارث على ضوء قانون الأسرة الجديد. ط2، عمان، الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2012.
- * مهنسي، أحمد فتحي، نفقة المتعة بين الشريعة والقانون. ط1 القاهرة، مصر: دار الشروق، 1988.
- * بودي، حسن محمد. موانع الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي. الإسكندرية، مصر: دار الجامعة الجديدة للنشر. 2004.
- * تقية، محمد بن أحمد. دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن. ط1 الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2003.
- * جانم، جميل فخري محمد. التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة في الفقه والقانون. ط1 عمان، الأردن: دار الحامد للنشر والتوزيع، 2008.
- * جانم، جميل فخري محمد. متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التّعسفي في الفقه والقانون. ط1 عمان، الأردن: دار الحامد للنشر والتوزيع، 2009.
- * جانم، جميل فخري محمد. التدابير الشرعية للحد من الطلاق التّعسفي في الفقه والقانون ط1 عمان، الأردن: دار الحامد للنشر والتوزيع، 2009.
- * ججيك، صالح. الميراث في القانون الجزائري. ط1 الجزائر: الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2002.
- * الجندي، أحمد نصر. الحضانة والنّفقات في الشّرع والقانون. المحلة الكبرى، مصر: دار الكتب القانونية، 2004.
- * الجندي، أحمد نصر. الأحوال الشخصية في الإسلام. دار المعارف، القاهرة، مصر، 2001.
- * الجندي، أحمد نصر. الأحوال الشخصية في القانون التونسي. المحلة الكبرى، مصر: دار الكتب القانونية، 2008.
- * الجندي، أحمد نصر. شرح قانون الأسرة الجزائري. المحلة الكبرى، مصر: دار الكتب القانونية، 2009.
- * الجندي، محمد الشحات، الميراث في الشريعة الإسلامية. القاهرة، مصر: دار الفكر العربي .
- * الجندي، نايف محمد. عضل النساء والتفريق للشقاق. ط1 عمان الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010.
- * حجة، تيسير فتوح، حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية دراسة مقارنة . رام الله، فلسطين المحتلة : مركز إعلام حقوق الإنسان والديمقراطية-شمس، 2009
- * حداد، عيسى. عقد الزواج دراسة مقارنة. عنابة، الجزائر: منشورات جامعة باجي مختار، 2006.
- * بن حرز الله، عبد القادر. الخلاصة في أحكام الزّواج والطلاق. ط1 القبة القديمة، الجزائر: دار الخلدونية، 2007.

- * حسين، أحمد فراج. أحكام الأسرة في الإسلام-الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب. بيروت، لبنان: الدارالجامعية، 1998.
- * حسين، أحمد فراج. أحكام الوصاية والأوقاف في الشريعة الإسلامية. الإسكندرية، مصر: دارالجامعة الجديدة، 2003.
- * حسين، أحمد فراج. أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية. الإسكندرية، مصر: دارالجامعة الجديدة، 2004.
- * حسين، أحمد فراج. أحكام التركات والموارث في الفقه والقانون. ط1 الإسكندرية، مصر: منشأة المعارف، 2004.
- * حسين، أحمد فراج؛ الشافعي، جابر عبد الهادي سالم. مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالميراث والوصية والوقف في الفقه والقانون والقضاء. ط1 بيروت، لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية، 2005.
- * بن حليمة، ساسي. محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، تونس: مركز النشر الجامعي 2011.
- * الحمداني، رعد مقداد محمود ، النظام المالي للزوجين دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية والتشريعات الفرنسية. ط1 عمان، الأردن : الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، 2003.
- * حميدو، زكية تشوار. مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية. ط1 بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية.
- * الحياي، قيس عبد الوهاب. ملكية أثاث بيت الزوجية. ط1 عمان، الأردن: دارالحامد للنشر والتوزيع، 2007.
- * الحياي، قيس عبد الوهاب. ميراث المرأة في الشريعة الإسلامية والقوانين المقارنة. ط1 عمان، الأردن: دار الحامد العربية للنشر والتوزيع، 2008.
- * الداغستاني، مريم أحمد، الموارث في الشريعة الإسلامية على المذاهب الأربعة. القاهرة ، مصر: كلية الدراسات الإسلامية والعربية جامعة الأزهر، 2001.
- * دغيش، أحمد. التنزيل في قانون الأسرة الجزائري. بوزريعة، الجزائر: دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2009.
- * الدوس، رسمية عبد الفتاح موسى. دعوى التعويض عند الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي. ط1 عمان، الأردن: دارقنديل للنشر. 2010.
- * دياي، باديس. آثار فك الرابطة الزوجية. عين مليلة، الجزائر: دار الهدى، 2008.
- * رمول، خالد. الإطار القانوني والتنظيمي لأحكام الوقف في الجزائر. بوزريعة، الجزائر: دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2004.
- * أبو زهرة، محمد، الأحوال الشخصية. ط2 القاهرة، مصر: دار الفكر العربي، 1957.
- * أبو زهرة، محمد. أحكام التركات والموارث. القاهرة، مصر: دار الفكر العربي، 1963.

- * أبوزهرة، محمد، محاضرات في عقد الزواج وآثاره. ط2 القاهرة، مصر: دار الفكر العربي، 1971.
- * الزبياري، عامر سعيد. أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية. ط1 بيروت لبنان: دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، 1997.
- * بن زيطة، عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري. ط1 القبة القديمة، الجزائر: دار الخلدونية، 2007.
- * سلمان، نصر؛ سطحي، سعاد، أحكام الطلاق. قسنطينة، الجزائر: دار الفجر للطباعة والنشر، 2006.
- * سلمان، نصر. أحكام الخطبة والزواج في الشريعة الإسلامية. بيروت، لبنان: دار ابن كثير للطباعة والنشر والتوزيع، 2007.
- * سعد، عبد العزيز. الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري. ط2 ابن عكنون، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 1982.
- * سعد، عبد العزيز. الجرائم الواقعة على نظام الأسرة.. ط2 الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2002.
- * سعد، عبد العزيز. قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد. ط2 الجزائر: دار هومة، 2009.
- * سعد، عبد العزيز. إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية. بوزريعة، الجزائر: دار هومة، 2013.
- * شلي، محمد مصطفى. أحكام الموارث بين الفقه والقانون. بيروت، لبنان: دار النهضة العربية للطباعة والنشر، 1978.
- * شلي، محمد مصطفى. أحكام الوصايا والأوقاف. ط4 بيروت، لبنان: الدار الجامعية للطباعة والنشر، 1998.
- * شهبون، عبد الكريم. الشافي في شرح مدونة الأسرة. ط1 تطوان، المملكة المغربية: 2006.
- * بن شويخ، الرشيد. شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية. ط1 القبة القديمة، الجزائر: دار الخلدونية، 2008.
- * بن شويخ، الرشيد. الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري. ط1 القبة القديمة، الجزائر: دار الخلدونية، 2008.
- * الصّابوني، محمد علي. الموارث في الشريعة الإسلامية في ضوء الكتاب والسنة. بيروت لبنان: دار الكتب العلمية.
- * الصّابوني، عبد الرحمان. شرح قانون الأحوال الشخصية السوري. ج1، ط7، دمشق، سوريا: منشورات جامعة دمشق، 1996.
- * بوضياف، عبد الرزاق. إدارة أموال الوقف وسبل استثمارها في الفقه الإسلامي والقانون. عين مليلة، الجزائر: دار الهدى، 2010.

- * طاحون، نبيل كمال الدين. أحكام الموارث في الشريعة الإسلامية. جدة، السعودية: مكتبة الخدمات الحديثة، 1984.
- * الكعبي، خليفة علي. نظام الاشتراك المالي بين الزوجين وتكييفه الشرعي. ط1 عمان، الأردن: دار التفائس للنشر والتوزيع، 2010.
- * عاشور، مصطفى، علم الميراث. القاهرة، مصر: مكتبة القرآن، 1988.
- * العباي، بسام مجيد سليمان. ملكية الأسرة دراسة مقارنة. عمان، الأردن: دار الحامد للنشر والتوزيع، 2008.
- * عبد الحميد، محمد محي الدين. الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية. بيروت، لبنان: المكتبة العلمية، 2007.
- * العزاوي، عمر صلاح الحافظ مهدي. الذمة المالية للزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي (دراسة مقارنة) في إطار الفقه الإسلامي- التشريعات العربية والغربية. ط1 بيروت، لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية. تقديم: أحمد الكبيسي، 2010.
- * عبد العزيز، عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء. ط1 القاهرة، مصر: دار الفكر العربي، 1984.
- * عمر، حمدي باشا. عقود التبرعات الهبة - الوصية- الوقف. ط 2004 بوزريعة، الجزائر: دارهومة.
- * العمراني، محمد. الميراث في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة. الجزائر: المؤسسة الوطنية للاتصال، النشر والإشهار، 2000.
- * أبو العينين، بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام. ط2 القاهرة، مصر: دارالتأليف، 1961.
- * أبو العينين، بدران. الفقه المقارن للأحوال الشخصية. ج1 بيروت، لبنان: دار النهضة العربية، 1967.
- * فركوس، محمد علي. ذوو الأرحام في أحكام الموارث. بوزريعة الجزائر: دارتحصيل العلوم (مطبعة النخلة)، 1987.
- * القدومي، عبير ربيعي شاكر. التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية. ط1 عمان، الأردن: دار الفكر، 2007.
- * قري، غنية. شرح قانون الأسرة المعدل دراسة مقارنة بين الشرع والقانون. ط1 المحمدية، الجزائر: دار طليطلة، 2011.
- * كمال حمدي. الولاية على المال. الإسكندرية، مصر: منشأة المعارف، 2003.
- * كنانة، محمد. الوقف العام في التشريع الجزائري. عين مليلة، الجزائر: دارالهدى للطباعة والنشر والتوزيع، 2006.

* لوعيل، محمد أمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري. بوزريعة، الجزائر: دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2004.

* محده، محمد. التركات والموارث دراسة مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية. ط1 القاهرة، مصر: دار الفجر للنشر والتوزيع، 2004.

* محمودي، عبد العزيز، رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري. البليدة، الجزائر: قصر الكتاب، 2006.

* بن ملح، الغوثي، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء. ط2 بن عكنون، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2008.

* ناصيف، إلياس. الوصية (الوصية للمسلمين وفي القانون الدولي الخاص). بيروت، لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية، 2003.

* النقي، محمد بن عبد العزيز. الولاية على المال. ط1 الرياض، السعودية: مكتبة الملك فهد الوطنية، 2012.

* الهلالي، مسعود، أحكام التركات والموارث في قانون الأسرة الجزائري. ط1 المحمدية، الجزائر: جسور للنشر والتوزيع، 2008.

كتب القانون المدني:

* بلحاج، العربي. النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري. ط4 بن عكنون، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2007.

* الخفيف، علي. أحكام الوصية. ط1 القاهرة، مصر: دار الفكر العربي، 2010.

* سليمان، علي. النظرية العامة للإلتزام مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري. ط5 بن عكنون، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2003.

* السنهوري، أحمد عبد الرزاق. الوسيط في شرح القانون المدني مصادر الإلتزام، ط3 بيروت، لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية، 2000.

* السعدي، محمد صبري. شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للإلتزامات. ط2 عين مليلة، الجزائر: دار الهدى، 2004.

* سعيد، مقدم. نظرية التعويض عن الضرر المعنوي. الجزائر: المؤسسة الوطنية للكتاب، 1992.

* قدارة، خليل أحمد حسن. الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري. ط4 بن عكنون، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2010.

مراجع باللغة الفرنسية:

*Andréa bonomi et Marco Steiner. Les Régimes Matrimoniaux en Droit Comparé Et En Droit International Privé. Librairie Droz, Genève, 2006

- *Aubry, Charles et Rau, Charles.. **Cours de droit civil français**. 5eme edition. Tome 1 (version traduite a l'almand) Melines, canset comp, libraries éditeurs , bruxelles, Belgique : 1859.
- *Daniel Mainguy. **Droit Civile- Les Personnes, La Famille les personnes physiques-** faculté de droit , université de montpellier1, France, volume1, 2009, 2010.
- *Fleur-Marie Voyron (**La dotation à l'enfant commun par un bien personnel d'un des époux**), chevreux notaire . droit patrimonial. FMV pulication. Le 01 12 2012.
- *Henré Descheanaux et autres. **Les Effets Du Mariage**. stampfli editions SA. Berne. suisse. 2éme édition. 2009
- *Janine Revel . **Les Régimes Matrimoniaux**. éditions Dalloz. paris. france. 6éme édition. 2012.
- *Jean Claude Montanier. **Les Régimes Matrimoniaux**. presse universitaire de grenoble. Grenoble. france. 1992
- *Sylvie Ferre-Andre. **Cours de droit civil**. Master1, année universitaire 2008-2009.

مراجع أخرى:

- * بربارة، عبد الرحمان. شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ط2 الرويبة، الجزائر: منشورات بغداددي، 2009.
- * بن قدّور، أشواق. تطوّر النّظام المالي والنّمو الاقتصادي، ط1 عمّان، الأردن: دار الرّاية للنّشر والتّوزيع، 2013.
- * بوسقيعة، أحسن. الوجيز في القانون الجنائي الخاص-الجرائم ضد الأشخاص والأموال. الجزائر: دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، 2002.
- * بوسقيعة، أحسن. الوجيز في القانون الجنائي الخاص- الجرائم ضد الأشخاص والجرائم ضد الأموال. ج1، ط 18 بوزريعة، الجزائر: دار هومة، 2015.
- * سنقوقة، سائح. شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية. عين مليلة، الجزائر: دار الهدى، 2011.
- * محمدي (زواوي)، فريدة، المدخل للعلوم القانونية نظرية الحق، ط1 بن عكنون، الجزائر: CEDOC، 1998.
- * منصور، إسحاق إبراهيم. نظريتا القانون والحق، ط1 الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2001.

كتب الشريعة:

كتب التفسير:

- * الرازي، فخر الدين، تفسير الفخر الرازي (مفاتيح الغيب). ط1، بيروت، لبنان: دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1983.

- * الزمخشري، جار الله أبو القاسم محمود بن عمر، الكشف عن حقائق غوامض التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل. ط1 بيروت، لبنان: دار الكتاب العربي، 1407هـ.
- * الشوكاني، محمد بن علي بن محمد. فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير. ط1 بيروت، لبنان: دار الفكر، 1998.
- * الطبري، أبو جعفر محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي، جامع البيان في تأويل القرآن. ط1 بيروت، لبنان: مؤسسة الرسالة، تحقيق: أحمد محمد شاكر. 2000.
- * ابن عاشور، محمد الطاهر. التحرير والتنوير. الطبعة التونسية تونس: دار سحنون للنشر والتوزيع، 1997.
- * ابن العربي، محمد بن عبد الله الأندلسي، أحكام القرآن. ط1 بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية، 1997.
- * القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين. الجامع لأحكام القرآن. ط2003 الرياض، السعودية: دار عالم الكتب، تحقيق: هشام سمير البخاري. 2003.
- * ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل بن عمر القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم. ط2 المدينة المنورة، السعودية: دار طبعة للنشر والتوزيع، تحقيق: سامي بن محمد سلامة. 1999.
- * ابن الهمام، كمال الدين. فتح القدير شرح الهداية. بيروت، لبنان: دار الفكر الطباعة والنشر، 1998.
- كتب الحديث:**
- * الأزدي، أبو داود السجستاني. سنن أبي داود. ط1 بيروت، لبنان: دار الفكر، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد. 1998.
- * البخاري أبو عبد الله، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه (صحيح البخاري). ط1 القاهرة، مصر: دار طوق النجاة، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر. 1420هـ.
- * البيهقي، أبو بكر، سنن البيهقي الكبرى. مكة المكرمة، السعودية: مكتبة دار الباز، تحقيق: محمد عبد القادر عطا. 1994.
- * الترمذي، محمد بن عيسى أبو عيسى السلمي، الجامع الصحيح سنن الترمذي. ط4 بيروت، لبنان: دار إحياء التراث العربي، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون.
- * الحاكم النيسابوري، محمد بن عبد الله أبو عبد الله، المستدرک على الصحيحين. ط1 بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا. 1990.
- * ابن حنبل أبو عبد الله الشيباني، أحمد، مسند الإمام أحمد بن حنبل. ط1 القاهرة، مصر: مؤسسة قرطبة، 1990.
- * الدارقطني، علي بن عمر أبو الحسن البغدادي، سنن الدارقطني. بيروت، لبنان: دار المعرفة، 1966.

* الشوكاني محمد بن علي بن محمد. نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار. ط1 بيروت، لبنان: دارالكتب العلمية، 1983.

* أبو شيبة، العباسي الكوفي، أبو بكر عبد الله بن محمد. مُصَنَّف ابن أبي شيبة. الدار السلفية الهندية، تحقيق: محمد عوامة.

* القزويني، ابن ماجه أبو عبد الله محمد بن يزيد، سنن ابن ماجه. ط1 القاهرة، مصر: مكتبة أبي المعاطي، 1990.

* القشيري النيسابوري، مسلم بن الحجاج أبو الحسين، صحيح مسلم. بيروت، لبنان: دار إحياء التراث العربي، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي. 1999.

* النسائي، أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن، سنن النسائي الكبرى. ط1 بيروت، لبنان: دارالكتب العلمية، تحقيق: عبد الغفار سليمان البنداري؛ سيد كسروي حسن. 1991.

كتب الفقه:

* الأزهرى، صالح عبد السميع الآبي، الثمر الداني في تقريب المعاني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني. ط2 بيروت، لبنان: المكتبة الثقافية، 1994.

* الهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، كشف القناع. طبعة وزارة العدل السعودية الرياض، السعودية: وزارة العدل السعودية، 1430 هـ.

* الهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى. بيروت، لبنان: عالم الكتاب، 1996.

* التسولي، أبو الحسن علي بن عبد السلام. البهجة في شرح التحفة. ط1 بيروت، لبنان: دارالكتب العلمية، تحقيق: ضبطه وصححه: محمد عبد القادر شاهين. 1999.

* التوبجري، محمد بن إبراهيم بن عبد الله. موسوعة الفقه الإسلامي. ط1. 2009.

* بن جزي، أبي القاسم محمد بن أحمد الغرناطي المالكي. القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه

على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية. ط4 القاهرة، مصر، مكتبة الخانجي، تحقيق: محمد بن سيدي محمد مولاي. 1397 هـ.

* الجزيري، عبد الرحمان، الفقه على المذاهب الأربعة. ط2 بيروت، لبنان: دار الفكر العربي، 1998.

* الحجاوي، شرف الدين موسى بن أحمد بن موسى أبو النجا. الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل. بيروت، لبنان: دار المعرفة، تحقيق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي.

* بن حزم، الأندلسي القرطبي أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد. المحلى. بيروت، لبنان: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.

- * حسين، سيد عبد الله علي، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي مقارنة بين فقه القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك رضي الله عنه. ط1. القاهرة، مصر: دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، تحقيق: محمد أحمد سراج وآخرون. 2001.
- * الخطاب الرعيني، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل. بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية، 1995.
- * الخرشي، أبو عبد الله محمد. شرح الخرشي على مختصر خليل. ط2 بولاق مصر: المطبعة الكبرى الأميرية، 1317هـ.
- * بن خلف، القاضي أبو الوليد سليمان الباجي. المنتقى. ط2 القاهرة مصر: دار الكتاب الإسلامي، 1332هـ.
- * الدردير، أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد. الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك. القاهرة، مصر: دار المعارف، 1986.
- * الدريني، فتحي. نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي. ط4 بيروت، لبنان: مؤسسة الرسالة، 1988.
- * الدريني، فتحي. الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده. ط3 بيروت، لبنان: مؤسسة الرسالة، 1984.
- * الدسوقي، محمد عرفه، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. بيروت، لبنان: دار الفكر، تحقيق: محمد عlish.
- * ابن رشد أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد القرطبي الأندلسي. شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد. ط1 القاهرة، مصر: دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، شرح وتحقيق وتخرىج : عبد الله العبادي. 1995.
- * الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الشهير بالشافعي الصغير. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج . بيروت، لبنان: دار الفكر للطباعة، 1984 .
- * الزحيلي، وهبة. الفقه الإسلامي وأدلته، ط4 دمشق، سوريا : دار الفكر، 1998.
- * الزرقا، مصطفى أحمد، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد. المدخل الفقهي العام. ط1 دمشق، سوريا: دار القلم، 1998.
- * الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق . بيروت، لبنان: دار الكتب الإسلامي، 1313هـ.
- * سابق، السيد، فقه السنّة، ط2 بيروت، لبنان: دار الكتاب العربي، 1973.
- * السرخسي، شمس الدين، المبسوط . بيروت، لبنان: دار المعرفة، 1989.
- * الشافعي، محمد بن إدريس أبو عبد الله، الأم. بيروت، لبنان: دار المعرفة، 1992.
- * الشافعي، محمد بن إدريس. الرسالة. دار الكتب العلمية، تحقيق: أحمد محمد شاكر.

- * الشربيني، محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج . بيروت، لبنان: دارالفكر.
- * شطا، الدمياطي أبو بكر ابن السيد محمد. حاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين لشرح قرّة العين بمهمات الدين. بيروت، لبنان: دارالفكر للطباعة و النشر والتوزيع.
- * الشيخ نظام، وجماعة من علماء الهند ، الفتاوى الهندية. ط1 بيروت، لبنان: دارالفكر، 1991 .
- * شيخي زاده، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكلبولي. مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، بيروت، لبنان: دارالكتب العلمية، تحقيق: خليل عمران المنصور. 1998.
- * الشيرازي، إبراهيم بن علي بن يوسف أبو إسحاق، المذهب في فقه الإمام الشافعي. بيروت، لبنان: دار الفكر، 1998.
- * ابن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبوحنيفة . بيروت، لبنان: دار الفكر للطباعة والنشر، 2000 .
- * بن عبد البر القرطبي، أبو عمر يوسف بن عبد الله. الكافي في فقه أهل المدينة. بيروت، لبنان: دارالكتب العلمية، 1407هـ.
- * الغمراوي، محمد الزهري. السراج الوهاج على متن المنهاج. بيروت، لبنان، دارالمعرفة للطباعة والنشر.
- * ابن قدامة المقدسي الحنبلي، موفق الدين أبو محمد عبد الله، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني. بيروت، لبنان: دار إحياء التراث العربي، 1978.
- * ابن قدامة المقدسي، شمس الدين أبي محمد عبد الرحمن بن الشيخ أبي عمر محمد بن أحمد، الشرح الكبير على متن المقنع . بيروت، لبنان: دار إحياء التراث العربي. 1983.
- * القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس . الذخيرة، بيروت، لبنان : دار الغرب، 1994.
- * قلعة جي، محمد رواس؛ قنيبي، حامد صادق، موسوعة فقه ابن عباس. ط1 مكة المكرمة المملكة العربية السعودية: معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي، 1985.
- * الكاساني، علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ط2 بيروت، لبنان: دارالكتاب العربي، 1982.
- * مالك بن أنس. المدونة الكبرى. بيروت، لبنان: دار صادر، 1998.
- * الماوردي، أبو الحسن، الحاوي الكبير. ط1 بيروت، لبنان: دار الفكر، 1998.
- * المرداوي، علي بن سليمان أبو الحسن، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل . ط1 بيروت، لبنان : دار إحياء التراث العربي، تحقيق: محمد حامد الفقي. 1992.
- * المالكي أبو محمد، عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي. التلقين في الفقه المالكي. مكة المكرمة، السعودية: المكتبة التجارية، تحقيق: محمد ثالث سعيد الغاني. 1415هـ .
- * بن مفلح الحنبلي أبو إسحاق، إبراهيم بن محمد بن عبد الله. المبدع في شرح المقنع. بيروت، لبنان: المكتبة الإسلامية، 1400هـ .

* النجدي، عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي. حاشية الرّوض المرّيع شرح زاد المستنقع. ط1. 1397هـ

* النووي، محي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين. ط2 بيروت، لبنان: المكتب الإسلامي، 1405هـ

القواميس:

* الجرجاني، أبو بكر بن عبد الرحمن بن محمد، التّعريفات. ط1 بيروت، لبنان: مكتبة المشكاة الإسلامية، ط1 مصر: المطبعة الخيرية المنشأة بجمالية مصر، 2004.

* الجوهري، إسماعيل بن حماد، الصحاح تاج اللّغة وصحاح العربية. ط4 بيروت، لبنان: دار العلم للملايين، 1990.

* الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، مختار الصحاح. ط1 القاهرة، مصر: المطبعة الكلية، 1329هـ

* الرّاوي، الطاهر أحمد. المختار في القاموس. ليبيا- تونس: الدار العربية للكتاب.

* الرّبيدي، مرتضى محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني أبو الفيض، تاج العروس من جواهر القاموس. ط2 بيروت، لبنان: دار الهداية.

* ابن سيده، أبو الحسن علي بن إسماعيل النحوي اللغوي الأندلسي، المخصص. ط1 بيروت، لبنان: دار إحياء التراث العربي. تحقيق: خليل إبراهيم جفال، 1996.

* الشيرازي الفيروز آبادي، أبو طاهر مجد الدين محمد بن يعقوب بن محمد بن إبراهيم، القاموس المحيط. القاهرة، مصر: دار الحديث، تحقيق: أنس محمد الشامي وزكريا جابر أحمد، 2008.

* ابن عباد، صاحب، المحيط في اللّغة. ط2 بيروت، لبنان: دار الفكر العربي، 1988.

* ابن فارس، أبو الحسين أحمد بن زكريا بن محمد بن حبيب، مجمل اللغة. ط2 بيروت، لبنان: دار الرسالة، 1986.

* الفيومي، أحمد بن محمد بن علي، المصباح المنير. ط1 بيروت، لبنان: دار الفكر، 1985.

* قلعة جي، محمد رواس؛ قنبي، حامد صادق، معجم لغة الفقهاء. ط1 بيروت، لبنان: دار النفائس، 1987.

* مصطفى، إبراهيم وآخرون. المعجم الوسيط. ط2 بيروت، لبنان: مجمع اللّغة العربية، 1997.

* ابن منظور الأفرقي المصري، محمد بن مكرم، لسان العرب. ط1 بيروت، لبنان: دار صادر.

القواميس القانونية:

* البعلبكي، روجي. المورد قاموس عربي- إنكليزي. ط7 بيروت، لبنان: دار العلم للملايين، 1995.

* شلالة، يوسف. المعجم العملي للمصطلحات القانونية والتجارية والماليّة فرنسي عربي فرنسي. الإسكندرية، مصر: منشأة المعارف.

* ضيف، شوقي. معجم القانون، القاهرة، مصر، مجمع اللغة العربية الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية، 1999.

* القرام، إبتسام. المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري. البليدة، الجزائر: قصر الكتاب.

* كرم، عبد الواحد. معجم مصطلحات الشريعة والقانون (عربي- فرنسي- إنجليزي). 1995.

*zemout, Samia. Legal glossary. sacramento, USA :Superior court of California, 2005.

المذكرات:

* زغاش، عصام وآخرون التعويض عن الضرر المعنوي في التشريع الجزائري مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الخامسة عشرة 2004-2007.

* شمروك، محمد وآخرون. (السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وانحلاله). مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء. المدرسة العليا للقضاء. الدفعة السادسة عشرة 2005-2008.

* عيسيو، أسماء. (حق المطلقة الحاضنة في مسكن الزوجية وإشكالاته أمام القضاء). مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء. المدرسة العليا للقضاء. الدفعة الثانية عشرة 2001-2004.

* المرزوقي، عائشة سلطان إبراهيم. (إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة - دراسة فقهية وتشريعية مقارنة- رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه). جامعة القاهرة: كلية دار العلوم، قسم الشريعة الإسلامية. 2000.

* مسعودي، رشيد. (النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري- دراسة مقارنة-). أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون. كلية الحقوق. جامعة تلمسان 2005-2006.

* نعيات، أيمن أحمد محمد الذمة المالية للمرأة في الفقه الإسلامي أطروحة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا جامعة النجاح الوطنية. نابلس. فلسطين.

* وعراب، كريمة. (الخطبة في قانون الأسرة الجزائري). مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السابعة عشرة 2006-2009.

المقالات

* الأنصاري، عبد اللطيف، مفهوم السعاية ونطاق تطبيق أحكامها بين الفقه المالكي والقضاء المغربي، مداخلة الذكرى الخمسينية لتأسيس المجلس الأعلى- مكناس 2007.

* بن جيلالي، عبد الرحمان. أحكام الوصي في قانون الأسرة الجزائري. مداخلة مقدمة للمشاركة في ملتقى دولي بعنوان "الأحكام المتعلقة بالأسرة بين الثوابت والمتغيرات"، جامعة خميس مليانة، يومي 04 و 05 ماي 2014.

* شاوش، أسماء. الحجر القضائي. مداخلة مقدمة للمشاركة في ملتقى دولي بعنوان "الأحكام المتعلقة بالأسرة بين الثوابت والمتغيرات"، جامعة خميس مليانة، يومي 04 و 05 ماي 2014.

- * الشعيب، خالد عبد الله. (قاعدة الضّرر يزال وشمولها للتّعويض عن الضّرر المعنوي). كلية التربية الأساسية. الكويت: الهيئة العامة للتعليم التطبيقي والتدريب.
- * كاملي، مراد. الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في قضايا التنزيل. (مداخلة مقدمة في ملتقى جامعة بجاية بعنوان: المواثيق بين النصوص القانونية والصعوبات التطبيقية، المنعقد يومي 3 و 4 ماي 2015).
- * كيوان، أصالة كيوان. (تعويض الضّرر المتغير). مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية العدد الثالث، المجلد 27. 2011.
- * المزكدي، عمر. حقّ الكدّ والسّعاية محاولة في التّأصيل، بحث في إطار دبلوم الدّراسات العليا المعمّقة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكّدال، الرّباط، المغرب، 2005-2006.
- * الهوتي، حوري ياسين. (اختلاف الفقهاء في تطبيق مبدأ تعويض الضّرر في الشّريعة الإسلامية). العدد التاسع، المجلد الثالث مجلة جامعة الأنبار للعلوم الإسلامية. آذار 2011.
- المجلّات القضائية.**
- * المجلس الأعلى: غرفة القانون الخاص، النشرة السنوية 1969.
- * المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية، النشرة القضائية رقم 02 سنة 1971.
- * المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، 1972 العدد الثاني.
- * المجلس الأعلى: غرفة الأحوال الشخصية، نشرة القضاة 1980. العدد الأول.
- * المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية، النشرة القضائية 1981، العدد الثاني.
- * المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية، النشرة القضائية رقم 44 سنة 1986.
- * المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، 1982 عدد خاص.
- * المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية، نشرة القضاة لسنة 1988، العدد 45.
- * المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية والمواثيق، المجلة القضائية، 1989. العدد الأول والثاني والثالث والرابع.
- * المحكمة العليا: غرفة الجنح والمخالفات، المجلة القضائية، 1989 العدد الأول والثالث.
- * المحكمة العليا: الغرفة المدنية، المجلة القضائية، 1989، العدد الثاني والرابع.
- * المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، 1990 العدد الأول والثاني والثالث والرابع.
- * المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية والمواثيق، المجلة القضائية، 1991 العدد الأول والثاني والثالث والرابع.
- * المحكمة العليا: غرفة الجنح والمخالفات، المجلة القضائية، 1991 العدد الثالث.
- * المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية، النشرة القضائية رقم 47 سنة 1991.

- *المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية ، 1992 عدد خاص والأول والثاني والثالث والرابع.
- *المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية، النشرة القضائية رقم 46، 1992.
- *المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية والموارث، المجلة القضائية، 1993 عدد خاص والعدد الأول والثاني والثالث والرابع.
- *المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية والموارث، النشرة القضائية رقم 48، 1993.
- *المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية والموارث، المجلة القضائية، 1994 عدد خاص والعدد الأول والثاني والثالث.
- *المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية والموارث، المجلة القضائية، 1995 العدد الأول والثاني والثالث.
- *المحكمة العليا : الغرفة الجزائية المجلة القضائية، 1995 العدد الأول والثاني .
- *المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية، نشرة القضاة لسنة 1996، العدد 49.
- *المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، 1996، عدد خاص والعدد الأول والثاني.
- *المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية والموارث، المجلة القضائية ، 1997 العدد الأول والثاني والرابع.
- *المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية ، 1997 عدد خاص والثاني.
- *المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية، نشرة القضاة لسنة 1997، العدد 51.
- *المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية والموارث، المجلة القضائية، 1998 عدد خاص والعدد الأول والثاني.
- *المحكمة العليا: غرفة الجنح والمخالفات ، المجلة القضائية ، 1999 العدد الأول والثاني والثالث .
- *المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية ، 1999 عدد خاص والعدد الرابع.
- *المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية، نشرة القضاة لسنة 1999، العدد 56.
- *المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، 2000 عدد خاص والعدد الأول والثاني.
- *المحكمة العليا : الغرفة العقارية، المجلة القضائية، 2000 عدد خاص.
- *المحكمة العليا : الغرفة العقارية، المجلة القضائية، 2001 عدد خاص.
- *المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية والموارث، المجلة القضائية، 2001 عدد خاص والعدد الأول والثاني .
- *المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية والموارث، المجلة القضائية ، 2002 العدد الأول والثاني والثالث والرابع .
- *المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية والموارث، المجلة القضائية، 2003 العدد الأول والثاني والرابع.
- *المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية والموارث، المجلة القضائية ، 2004 العدد الأول والثاني.
- *المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية والموارث، المجلة القضائية، 2005 العدد الأول والثاني.

- *المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية والمواريث، 2006 عدد خاص والعدد الأول والثاني والثالث والرابع .
- *المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية، النشرة القضائية لسنة 2006، العدد 57.
- *المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية والمواريث، 2007 عدد خاص العدد الأول والثاني.
- *المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية والمواريث، 2008 العدد الأول والثاني.
- *المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية، نشرة القضاة لسنة 2008، العدد 63.
- *المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية والمواريث، 2009 العدد الأول والثاني.
- *المحكمة العليا : غرفة الجنح والمخالفات، المجلة القضائية، 2009 العدد الثاني.
- *المحكمة العليا: غرفة شؤون الأسرة والمواريث، المجلة القضائية، 2010 العدد الأول والثاني.
- *المحكمة العليا : غرفة الجنح والمخالفات، المجلة القضائية، 2010 العدد الثاني.
- *المحكمة العليا: غرفة شؤون الأسرة والمواريث، المجلة القضائية، 2011 العدد الأول والثاني.
- *المحكمة العليا: غرفة شؤون الأسرة والمواريث، نشرة القضاة لسنة 2011، العدد 66.
- *المحكمة العليا : غرفة الجنح والمخالفات، المجلة القضائية، 2011 العدد الأول.
- *المحكمة العليا : الغرفة العقارية، المجلة القضائية، 2011 العدد الأول.
- *المحكمة العليا: غرفة شؤون الأسرة والمواريث، المجلة القضائية، 2012 العدد الأول والثاني.
- *المحكمة العليا: غرفة شؤون الأسرة والمواريث، نشرة القضاة لسنة 2012، العدد 67.
- *المحكمة العليا: غرفة شؤون الأسرة والمواريث، المجلة القضائية، 2014 العدد الأول.

المواقع الإلكترونية.

- *www.Admin.ch
- * http://www.arpoets.com
- * http://www.e-justice.tn.
- * www.legifrance.gouv.fr
- * http://modawanat-elosra.blogspot.com
- * www.unescwa.org
- * http://www.4shared.com/file/23959364/e3a1d361/__.html?s=1.

فهرس المواضيع

رقم الصفحة	الموضوع
2	مقدمة
11	الباب الأول: النظام المالي للأسرة المتعلق بالرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري
13	الفصل الأول: النظام المالي للأسرة المترتب عن العدول عن الخطبة وقيام الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري
13	المبحث الأول: الأحكام المالية المترتبة عن العدول عن الخطبة في قانون الأسرة الجزائري.
14	المطلب الأول: مصير الهدايا والتعويض بسبب العدول عن الخطبة.
15	الفرع الأول: مصير الهدايا بسبب العدول عن الخطبة.
24	الفرع الثاني: التعويض عن الضرر جزاء العدول عن الخطبة.
36	المطلب الثاني: مصير المال المقدم على اعتبار أنه مهر في حال العدول.
37	الفرع الأول: طبيعة المال المدفوع على أنه صداق.
40	الفرع الثاني: التصرف في المال المدفوع على أساس أنه صداق.
45	الفرع الثالث: مراعاة الجوانب الإجرائية في الخطبة.
48	المبحث الثاني: الأحكام المالية الخاصة بالزوجة في قانون الأسرة الجزائري.
48	المطلب الأول: حق الزوجة في الصداق.
49	الفرع الأول: مفهوم الصداق.
50	الفرع الثاني: دليل مشروعية الصداق.
51	الفرع الثالث: حقيقة الصداق.
56	الفرع الرابع: شروط الصداق.
57	الفرع الخامس: مؤكّدات الصداق.
61	الفرع السادس: أنواع الصداق.
68	الفرع السابع: مقدار الصداق.
72	الفرع الثامن: تأجيل الصداق وتعجيله.
73	الفرع التاسع: التنازع حول الصداق.
78	الفرع العاشر: الجوانب الإجرائية في المطالبة بالصداق.
80	المطلب الثاني: حق الزوجة في النفقة الزوجية.
80	الفرع الأول: تعريف النفقة الزوجية.
82	الفرع الثاني: حكم النفقة الزوجية.
83	الفرع الثالث: موجبات النفقة الزوجية.

86	الفرع الرابع: مشمولات النفقة الزوجية.
94	الفرع الخامس: المعتبر في تقدير النفقة الزوجية.
97	الفرع السادس: تاريخ استحقاق النفقة الزوجية.
99	الفرع السابع: مسقطات النفقة الزوجية.
101	الفرع الثامن: إفسار الزوج بالنفقة الزوجية.
102	الفرع التاسع: الجوانب الإجرائية في المطالبة بالنفقة الزوجية وأثر الإمتناع عن أدائها.
109	المبحث الثالث: الأحكام المالية الشاملة للزوجين في قانون الأسرة الجزائري.
110	المطلب الأول: الذمة المالية للزوجين.
110	الفرع الأول: مفهوم الذمة المالية.
111	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للذمة المالية.
114	الفرع الثالث: استقلال الذمة المالية للزوجين.
122	الفرع الرابع: الإشتراك المالي بين الزوجين.
142	الفرع الخامس: الإجراءات المُرعاة في التنازع حول الأموال بين الزوجين.
143	المطلب الثاني: التوارث بين الزوجين.
144	الفرع الأول: مفهوم الميراث.
145	الفرع الثاني: دليل ميراث الزوجين.
146	الفرع الثالث: أركان الميراث.
147	الفرع الرابع: أسباب الميراث.
151	الفرع الخامس: شروط الميراث.
161	الفرع السادس: الحكمة من توارث الزوجين.
162	الفرع السابع: نصيب الزوجين من الميراث.
163	الفرع الثامن: إجراءات المطالبة بميراث أحد الزوجين.
167	الفصل الثاني: النظام المالي للأسرة المترتب عن انحلال الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري.
167	المبحث الأول: الأحكام المالية لانحلال الرابطة الزوجية الخاصة بالمطلقة في قانون الأسرة الجزائري.
168	المطلب الأول: استحقاق التعويض عن الطلاق التعسفي ونفقة المتعة وبدل إيجار سكن الحضنة.
168	الفرع الأول: استحقاق التعويض عن الطلاق التعسفي.
191	الفرع الثاني: استحقاق نفقة المتعة.
208	الفرع الثالث: بدل إيجار السكن المخصص للحضنة.
217	المطلب الثاني: استحقاق نفقة العدة ونفقة الإهمال.

217	الفرع الأول: استحقاق نفقة العدة.
232	الفرع الثاني: استحقاق نفقة الإهمال.
247	المبحث الثاني: الأحكام المالية لانحلال الرابطة الزوجية الخاصة بالمطلق في قانون الأسرة الجزائري.
248	المطلب الأول: استحقاق التعويض جراء الطلاق المبّرر.
248	الفرع الأول: استحقاق المطلق للتعويض جراء نشوز الزوجة.
255	الفرع الثاني: استحقاق المطلق للتعويض جراء الخيانة الزوجية.
260	المطلب الثاني: استحقاق المطلق بدل الخلع.
260	الفرع الأول: تعريف بدل الخلع.
263	الفرع الثاني: علاقة بدل الخلع بالشقاق بين الزوجين.
265	الفرع الثالث: علاقة عضل الزوجة ببذل الخلع.
268	الفرع الرابع: ضوابط بدل الخلع.
269	الفرع الخامس: أنواع بدل الخلع.
270	الفرع السادس: مدى لزوم البذل في الخلع.
271	الفرع السابع: الخلع بين الزوج والأجنبي.
272	الفرع الثامن: أهلية الزوجة وأثرها على بدل الخلع.
274	الفرع التاسع: إجراءات معالجة الاختلاف حول بدل الخلع.
275	المبحث الثالث: الأحكام المالية لانحلال الرابطة الزوجية المشتركة بين الطليقين في قانون الأسرة الجزائري.
276	المطلب الأول: استحقاق متاع بيت الزوجية.
276	الفرع الأول: تعريف متاع بيت الزوجية.
278	الفرع الثاني: النزاع حول متاع بيت الزوجية.
280	الفرع الثالث: حلّ المشرع الجزائري لمشكلة متاع بيت الزوجية.
284	الفرع الرابع: أهمية تقديم البيّنة في حلّ مشكلة متاع بيت الزوجية.
288	الفرع الخامس: الجوانب الإجرائية لنظر نزاع متاع البيت.
293	المطلب الثاني: التوارث بين الطليقين.
293	الفرع الأول: ميراث المطلقة رجعيًا التي لم تنقض عدتها.
293	الفرع الثاني: ميراث المطلقة التي انقضت عدتها.
293	الفرع الثالث: ميراث المطلقة طلاقًا بائنًا أثناء مرض الموت المؤدّي لوفاة المطلق.
300	الباب الثاني: النظام المالي للأسرة المتعلّق بالقرباة في قانون الأسرة الجزائري.
301	الفصل الأول: نفقة وميراث الأقارب في قانون الأسرة الجزائري.

301	المبحث الأول: ثبوت الحق في نفقة الأقارب بموجب قانون الأسرة الجزائري.
301	المطلب الأول: القرابة سبب لاستحقاق نفقة الأقارب.
302	الفرع الأول: تعريف نفقة الأقارب ودليل مشروعيتها.
306	الفرع الثاني: القرابة الموجبة للنفقة.
311	المطلب الثاني: أحوال نفقة الأقارب ومُسقطاتها.
311	الفرع الأول: أحوال نفقة الأقارب.
322	الفرع الثاني: سقوط نفقة الأقارب.
325	المبحث الثاني: ثبوت الميراث للأقارب في قانون الأسرة الجزائري.
326	المطلب الأول: أثر القرابة على الميراث.
327	الفرع الأول: ميراث الأقارب عن طريق الفرض.
330	الفرع الثاني: ميراث الأقارب عن طريق التعصيب.
339	الفرع الثالث: الميراث بطريق الرّحم.
351	الفرع الرابع: الرد على أصحاب الفروض النّسبية.
356	الفرع الخامس: الميراث للمقرّله بنسب محمول على الغير.
358	المطلب الثاني: الأحوال الميراثية للأقارب.
358	الفرع الأول: الأحوال الميراثية للنساء.
365	الفرع الثاني: الأحوال الميراثية للرجال.
370	الفرع الثالث: ميراث الأقارب وفق المسائل الخاصة.
373	الفرع الرابع: ميراث الأقارب وفق أوضاع خاصة.
394	المبحث الثالث: الجوانب الإجرائية في مطالبة الأقارب بحقّهم في النفقة والميراث.
394	المطلب الأول: الجوانب الإجرائية في مطالبة الأقارب بحقّهم في النفقة.
394	الفرع الأول: المطالبة القضائية بتحصيل النفقات المفروضة قانونا.
397	الفرع الثاني: حماية نظام نفقة الأقارب بموجب التشريع الجزائري.
405	المطلب الثاني: الجوانب الإجرائية في مطالبة الأقارب بحقّهم في الميراث
405	الفرع الأول: ضرورة حصر مشتملات التركة.
407	الفرع الثاني: انتقال التركة إلى الورثة وكيفية قسمتها.
419	الفصل الثاني: تقييد التصرف في الأموال بسبب القرابة في قانون الأسرة الجزائري.
419	المبحث الأول: تقييد التبرعات بسبب القرابة في قانون الأسرة الجزائري.
420	المطلب الأول: تقييد التصرف في الوصية.

420	الفرع الأول: معنى الوصية ودليل مشروعيتها.
423	الفرع الثاني: ضبط الوصية من خلال شروطها.
428	الفرع الثالث: ضوابط الوصية من خلال صفة الموصى لهم.
438	الفرع الرابع: الوصية بمثل نصيب أحد الورثة.
441	الفرع الخامس: حماية الورثة من الوصية الصورية.
445	الفرع السادس: حماية الأقارب من خلال الجانب الإجرائي لتنفيذ وإثبات الوصية.
448	المطلب الثاني: تقييد التصرف في إبرام الهبة والوقف.
448	الفرع الأول : تقييد عقد الهبة.
477	الفرع الثاني : تقييد الوقف.
502	المبحث الثاني: دور النيابة الشرعية في تقييد التصرفات المالية في قانون الأسرة الجزائري.
502	المطلب الأول : دور الولي في إدارة وحماية أموال القاصر.
503	الفرع الأول: تعريف الولاية وأنواعها.
504	الفرع الثاني: ضوابط الولاية على المال.
510	الفرع الثالث: إمكانية تدخّل القضاء في إدارة أموال القاصر.
514	الفرع الرابع: إجراءات مراقبة الولاية على المال.
516	المطلب الثاني: دور الوصي في إدارة وحماية أموال القاصر.
516	الفرع الأول: تعريف الوصاية وشروط مُتولّيها.
519	الفرع الثاني: إجراءات تثبيت الوصاية أو رفضها.
521	الفرع الثالث: سلطات الوصي على أموال القاصروحدودها.
526	الفرع الرابع: انتهاء الوصاية وأثارها.
530	المبحث الثالث: إعمال الحجر من الأقارب لتقييد التصرفات المالية في قانون الأسرة الجزائري.
530	المطلب الأول: ماهية الحجر.
530	الفرع الأول: تعريف الحجر.
532	الفرع الثاني: مشروعية الحجر.
534	الفرع الثالث: الحكمة من الحجر وموجباته.
537	المطلب الثاني: إجراءات طلب توقيع الحجر وأثاره.
538	الفرع الأول: الأشخاص المعنيون بطلب الحجر.
539	الفرع الثاني: إجراءات تقديم طلب الحجر والفصل فيه.
541	الفرع الثالث: آثار الحجر وزواله.

546	الفرع الرابع: مدى أهمية تعيين المقدّم في الحكم الصّادر بالحجر.
556	الخاتمة
561	فهرس الآيات
565	فهرس الحديث والأثر
568	قائمة المصادر والمراجع
587	فهرس المواضيع
594	الخلاصة

الخلاصة

يقوم النظام المالي للأسرة على أساس رابطتي الزوجية والقرباة، فالعدول عن الخطبة يترتب ردّ الهدايا وجواز التعويض عن الضرر المادي والمعنوي، كما تستحقّ الزوجة الصّدق والنّفقة، ويمكن للزوجين التمتع بكامل الحرية في التصرف في ذمتهم المالية المستقلة، مع إمكانية تشاركهما ماليا، وهو ما لم يبيّنه المشرع كفاية وكان سببا للعديد من المشاكل الزوجين، كما يمكن أن يتوارث الزوجان بسبب الزواج.

وبانقضاء الزواج تستحقّ المطلقة التعويض عن الطلاق التعسّفي ونفقة المتعة، فضلا على نفقة العدة ونفقة الإهمال وبديل إيجار السكن المخصّص للحضانة، وبالمقابل يستحقّ الرجل المطلق التعويض عن الطلاق المبّرر بسبب النّشوز أو الخيانة الزوجية وكذا بدل الخلع، فضلا على أخذ كل منهما نصيبه في متاع بيت الزوجية والجدل المثار بخصوص التّوارث بعد الطلاق.

كما يترتب على القرباة الحقّ في النّفقة بين الأصول والفروع والعكس، وكذا التّوارث وفق العديد من الحالات التي نظّمها الشريعة الإسلامية واقتدى بها قانون الأسرة الجزائري، مع مراعاة الجوانب الإجرائية الواجب اتّباعها لحماية النّفقة والميراث والمطالبة بهما، كما تظهر أهمية القرباة في تقييد بعض التصرفات ولا سيما الوصية، الهبة والوقف، فضلا على أهميتها من خلال النيابة الشرعية ودورها في الحفاظ على مال القاصر من خلال سلطات الولي، الوصيّ والمقدّم والخضوع لرقابة القضاء، فضلا على أهمية الحجر كوسيلة رقابية للحفاظ على المال الأسري الذي قد يكون بناء على طلب أحد أفراد الأسرة.

لقد راعى المشرع الجزائري البعد الدولي من حيث الاتفاقيات المهتمة بالشأن الأسري، كاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضدّ المرأة واتفاقية حماية الطفل، حيث ظهر جليا في العديد من المواضع تميّز قانون الأسرة عنها، وبخاصة الحقوق الخاصة بالمرأة.

كما أنّ قانون الأسرة كان ينبغي عليه المحافظة على الأسرة من خلال أحكام النظام المالي وهو الأمر الذي لم يتحقّق في العديد من المواضع، حيث بالغ في تجريم من لم يدفع النّفقة المقرّرة قانونا، بالإضافة إلى استثنائه لفئات واسعة من الاستفادة من صندوق النّفقة وحصرها على المطلقة والمحضونين، وظلم الرجل بخصوص بدل الخلع، وربط استحقاقه للتعويض على الطلاق بإجراءات معقّدة، وعدم إدراج الطلاق الرجعي الذي يعالج العديد من المشاكل ولا سيما التوارث بين الزوجين، وأحكام الولاية على مال القاصر، وترك فراغ تشريعي كبير بخصوص النظام المالي بين الزوجين، وهو الأمر الذي أنشأ العديد من المشاكل التي قد تصل إلى الطلاق الذي تعرف أعداده تزايدا مقلقا، والتي يقف المشرع متفّرجا حيالها حيث ينبغي الحزم في إيجاد حلول جذرية لها وإخضاع الأزواج للتكوين وضرورة إضفاء الصبغة الدينية عليها دفعا لكل ما من شأنه تفريق الأسرة.

Le régime financier de la famille repose sur les liens du mariage et de la parenté, et la renonciation aux fiançailles provoque la restitution aux cadeaux et le droit à réparation du préjudice matériel et moral subi, ainsi que l'épouse mérite la dot et la pension alimentaire, le couple peut jouir d'une totale liberté pour disposer de sa fiducie financière indépendante, avec la possibilité de la partager financièrement, ce que le législateur n'a pas expliqué de manière adéquate et a été à l'origine de nombreux problèmes pour le couple, et le couple pourrait être hérité du fait du mariage.

A la conclusion du mariage, la femme divorcée a droit à une indemnité de divorce arbitraire, et aussi la pension de la retraite légale et la pension de négligence, l'allocation de logement pour le droit de garde, en revanche, l'homme divorcé a droit à une indemnité pour le divorce justifié pour adultère ou infidélité conjugale, ainsi qu'à l'indemnité de khul ', ainsi qu'à sa part dans les biens matrimoniaux et la controverse suscitée en matière d'héritage après le divorce.

Résultant sur la parenté le droit à la pension entre ascendants et descendants et vice versa, Outre la succession conformément à de nombreux cas organisés par la charia islamique et guidés par le droit de la famille algérien, tenant compte des aspects procéduraux à suivre pour protéger et réclamer la pension alimentaire et les successions, cela montre également l'importance de la parenté pour limiter certaines actions, en particulier le testament, la donation, et le waqf, outre son importance par le biais de la représentation légale et son rôle dans la préservation de l'argent du mineur par le biais des pouvoirs du tuteur testament, du tuteur testamentaire et du curateur sous le contrôle judiciaire, ainsi que l'importance de l'interdiction en tant que moyen de contrôle pour préserver l'argent de la famille qui peut être à la demande d'un membre de la famille.

Le législateur algérien a tenu compte de la dimension internationale dans le cadre de conventions relatives à la famille, telles que la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et la Convention sur la protection de l'enfant, en particulier les droits des femmes.

Le droit de la famille aurait dû maintenir la famille par le biais des dispositions du régime financier, ce qui n'a pas été réalisé dans de nombreux endroits, Dans lequel il criminalisait ceux qui ne payaient pas la pension alimentaire prévue par la loi, en plus de l'exempter des grandes catégories d'avantages du fonds de pension alimentaire et de le limiter aux femmes divorcées et aux enfants gardés, Et l'injustice des hommes concernant l'allocation de khula ', Et liant son droit à une indemnité pour divorce à des procédures complexes, Et la non-inclusion du divorce rétroactif, qui aborde de nombreux problèmes, en particulier les successions entre époux, et les dispositions du tutelle sur la propriété du mineur, et laisse un vide législatif important sur les régimes matrimoniaux, ce qui a créé de nombreux problèmes pouvant aboutir au divorce, dont le nombre augmente de manière alarmante. Le législateur est à ses côtés, où des solutions radicales doivent être trouvées, les couples devraient être formés et le besoin de les religieuxiser devrait être pris en compte afin d'éviter toute division de la famille